شرح منح الجليل

على مختصر العلامة خليل

لتاج المحققين والمدققين

الشيخ محمد عليش

مع تعليقات من تسهيل منح الجليل للمؤلف

الجزء السابع

دار الفكر
للطباعة والنشر والتوزيع

الطبعة الأولى ١٤٠٤ هـ - ١٩٨٤ م

دار الفكر

بيروت لبنان - حارة حريك - شارع عبد النور
هاتف: ٢٧٣٦٥ - ٢٧٣٤٨٧ - ص. ب: ١١/٧٠٦١
برقيا: فكسي - تلكس LE ٤١٣٩٢ فكر

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ باب ﴾

الْإِيدَاعُ : تَوْكِيلٌ بِحِفْظِ مَالٍ

(باب)

في بيان أحكام الوديعة وما يتعلق بها

وعرف المصنف مصدرها لإستلزام معرفتها معرفته فقال (الإيداع) أي حقيقته شرعاً (توكيل) جنس شمل سائر أنواعه (بحفظ) فصل مخرج التوكيل بغيره وإضافته إلى (مال) فصل مخرج التوكيل بحفظ غير المال كالتوكيل بحفظ الولد والزوجة . ابن عرفة الوديعة بمعنى الإيداع نقل مجرد حفظ ملك ينقل ، فيدخل الإيداع الوثائق بذكر الحقوق، ويخرج حفظ الإيصاء والوكالة لأنهما لأزيد منه وحفظ الربع . وقول ابن الحاجب كابن شاس تابعين للغزالي استنابة في حفظ المال يبطل عكسه ما دخل [1] ، وطرده ما خرج [2] ، وبمعنى لفظها متملك نقل مجرد حفظه ينتقل وهو المستعمل في عرف الفقهاء ولا يتناوله لفظ ابن شاس اهـ.

---

(١) (قوله ما دخل) اي ايداع الوثائق بذكر الحقوق فاعل يبطل اي لأنها ليست مالاً فقد انتفى عنها الحد وهي من المحدود فلم يلزم من عدم الحد عدم المحدود فليس جامعاً.

(٢) (قوله ما خرج) اي حفظ الإيصاء والوكالة عطف على ما دخل من باب عطف معمولين لعامل واحد فقد وجد حدهما في الإيصاء والتوكيل على مال ولم يوجد فيهما الإيداع فليس مانعاً .

الحط قوله بمنتقل صفة متملك فلو قدمه اليه لكان أبين ويدخل في حده استئجار حارس المتاع ونحوه وإخراجه حفظ الربع من الوديعة غير ظاهر ، ففي كتاب الهبة من المدونة إذا قلت قبلت وقبضت في الأرض الغائبة لم يكن حوزاً ، وذلك كالإشهاد على الإقرار بالحوز إلا أن يكون له في يدك أرض أو دار أورقيق بكراء أو عارية أو وديعة وذلك ببلد آخر فوهبك ذلك ، فإن قولك قبلت حوز اهـ ، وبهذا رد الوانوغي على ابن عرفة فقال ينقض قول ابن عرفة في مختصره راداً على ابن الحاجب أن حفظ الربع ونحوه مما لا ينقل يبطل طرد حد ابن الحاجب ، قال ودعوى اللف والنشر في هذا المقام بعيد اهـ .

المشذالي وجه النقض على ابن عرفة بمسألة المدونة أن ظاهر قوله أو وديعة رجوعه للأرض وما معها ، فصح كون الربع عنده مما يصح إيداعه فبطل اشتراط كون المودع مما ينقل فهو مراد الدخول لا مراد الخروج . وأما قوله ودعوى اللف الخ فهو استبعاد لدفع مقدر تقديره أن يقال لا تسلم صحة النقض ، وقولكم إن وديعة راجع للجميع ممنوع ، بل الكلام فيه لف ونشر ، فقوله عارية راجع للأرض والدار ، وقوله أو وديعة راجع للرقيق . المشذالي هذا وإن كان ممكناً إلا أنه بعيد كما قال ، لكونه خلاف الظاهر ، ولا دليل يصرف عنه فوجب الوقوف عنده اهـ ، ولم يذكر أحد إخراج العقار من حكم الوديعة ، والله أعلم .

(تنبيهات)

الأول : ابن عاشر قوله توكيل يقتضي أن الإيداع شرطه صحة التوكيل والتوكل وليس كذلك . ابن عرفة الأظهر أن شرطه باعتبار جواز فعله وقبوله حاجة الفاعل ، وظن صونها من القابل فيجوز من صبي خائف عليها إن بقيت بيده كالعبد المحجور عليه . ويجوز أن يودع ما خيف تلفه بيد مودعه إن ظن صونه بيد أحدهما لاحترامهما وتقتهما كالأول المحترمين وعبيدهم عند نزول بعض الظلمة ببعض البلاد أو لقاء الأعراب القوافل ، والأصل في هذا النصوص الدالة على حفظ المال ونهي عن إضاعته ، وشرطه باعتبار

ضمان القابل عند موجب الضمان ونفيه عند نفيه عدم حجره وحجر الفاعل .

الثاني : الحظ في الكتاب أركانها ثلاثة الصيغة والمودع والمودع ، أمـا الصيغة فهي لفظ أو ما يقوم مقامه دال على الإستنابة في حفظ المال . وفي الذخيرة الشافعي رضي الله تعالى عنه الوديعة تفتقر للإيجاب والقبول كالوكالة ، وأصلنا يقتضي عدم الإشتراط فيهما كما تقرر في البيع ا هـ ، واتفق أن رجلا جالساً فوضع آخر أمـامه متاعاً وذهب فتركه الجالس فضاع فالظاهر أنه يضمنه لدلالة سكوته حين وضعه على قبول إيداعه عنده .

الثالث : ابن عرفة حكم الإيداع وقبوله الاباحة ، وقد يعرض وجوبه كخائف فقد مال موجب هلاكا أو فقراً إن لم يودعه مع وجود قابل له قادر على حفظه وحرمتـه ، كايداع مغصوب عند من لا يقدر على جحده ليرده لربه أو للفقراء إن كان المودع مستغرق الذمة ، فقد ذكر عياض أن من قبل وديعة من مستغرق ذمته ثم ردهـا له يضمنها للفقراء .

ابن شعبان من سئل قبول وديعة فليس عليه قبولها وإن لم يوجد غيره . قلت مـا لم يتعين عليه قبولها بخوف هلاكها إن لم يقبلها مـع قدرته على حفظها كرفقة فيهـا من يحترمه من أغار عليها او ذي حرمة حاضرة تعرض ظالم لبعض أهلها ، وندبه حيث يخشى ما يوجبه دون تحققه ، وكراهته حيث يخشى ما يحرمه دون تحققه ا هـ ، بتصرف .

ابن المسى استشاره جاره في قبول وديعة دينار من غاصب يخشى ضرره إن لم يقبلهـا منه فقال له ابن المسى يا أخي إن كنت تقدر على غرمها فخذها منـه وتصدق بها على المساكين ، وإذا طلبها المودع فاغرم له عوضها من مالك . وقد سئل اصحاب سحنون عن رجل سرق متاعه ومنه ثوب ديباج ثم رأى الثوب في يد جندي فجزم بأنه ثوبه فاشتراه منه بسبعة دنانير ، ولما فارقه تأمله فوجده غير ثوبه فرجع إلى الجندي وقال أنا ظننته ثوبي فاشتريته ثم تبين لي أنه غيره ، فقال له الجندي لا بأس عليك ، وحل منطقته وصب منها دنانير وعد سبعة منها فأعطاها له وأخذ الثوب ، فاتفق اصحاب سحنون على أنـه يجب عليه أن يتصدق بالدنانير وبقيمة الثوب لأنه رده إلى غير مالكه . وفي المدونة من غصب

تُضْمَنُ بِسُقُوطِ شَيْءٍ عَلَيْها ، لاَ إنِ انْكَسَرَتْ فِي نَقْلِ مِثْلِها ، وبِخَلْطِها ، إلاَّ كَقَمْحٍ بِمِثْلِهِ ، أو دَرَاهِمَ بِدَنَانِيرَ لِلإحْرَازِ ، ثُمَّ إنْ تَلِفَ بَعْضُهُ ؛ فَبَيْنَكُما ، إلاَّ أنْ يَتَمَيَّزَ ،

شيئاً وأودعه فهلك عند المودع فليس لربه تضمين المودع إلا أن يتعدى والوديعة أمانة فلا يضمنها المودع إلا إذا تعدى عليها .

وأشار المصنف الى جملة من أسباب التعدي عليها فقال (تضمن) بضم الفوقية وسكون الضاد المعجمة وفتح الميم الوديعة ، أي يضمنها المودع بالفتح (بـ) سبب (سقوط شيء) منه (عليها) فأتلفها ولو خطأ ، لأنه كالعمد في أموال الناس (لا) تضمن (إن انكسرت في) حال (نقل) ها نقل (مثلها) بغير تفريط ، فإن نقلها نقلاً مخالفاً لنقل مثلها فتلفت فيضمنها لتعديه عليها . «ق» أشهب وعبد الملك من أودع جراراً فيها إدام ، او قوارير فسقط من يده عليها شيء فانكسرت او رمى شيئاً في بيته يريد غيرها فأصابها فانكسرت ضمنها . ابن الحاجب لو استودع جراراً وشبهها فنقلها نقل مثلها فتكسرت فلا يضمنها ، ولو سقط من يده شيء فكسرها فيضمنها لأنها جناية خطأ .

(و) تضمن (بـ) سبب (خلطها) أي الوديعة بغيرها له او لغيره خلطاً يتعسر معه تمييزها من غيرها (إلا) خلط (كقمح بمثله) جنساً وصفة فلا يضمنها . الحط قوله كقمح بمثله شامل لخلط كل جنس بجنسه المماثل له حتى الدراهم بمثلها والدنانير بمثلها (و) إلا خلطها بغير جنسها مع تيسر تمييزها منه بغير كلفة كخلط (دراهم بدنانير) وقطن بكتان فلا تضمن اذا كان الخلط (للإحراز) أي الحفظ فيهما ، هذا ظاهره هنا . وفي التوضيح إنه قيد في الأولى فقط وكأنه رأى هنا أنه لا فرق بينهما .

(ثم إن تلف بعضه) أي المخلوط بمثله او بغير جنسه المتميز عنه (فـ) التالف (بينكما) بالمحاصة بقدر المالين والسالم كذلك لعدم تميز مال أحدكما من مال الآخر (إلا أن يتميز) مال أحدكما من مال الآخر كالدراهم والدنانير فمصيبة كل مال من ربه . في الجواهر الثالث من أسباب التقصير في حفظ الوديعة خلطها بما لا تتميز عنه مما هو غير مماثل لها ،

كخلط قمح بشعير وشبهه. وأما خلطها بجنسها المماثل لها جودة ورداءة كحنطة بمثلها او ذهب بمثله او بما يتميز عنه ولا يختلط به كذهب بورق فلا يضمن .

وفي المدونة ومن أودعته دنانير او دراهم فخلطها بمثلها ثم ضاع المال فلا يضمنه، وإن ضاع بعضه كان ما ضاع وما بقي بينكما ، لأن دراهمك لا تعرف من دراهمه ولو عرفت بعينها كانت مصيبة دراهم كل واحد منه ولا يغيرها الخلط ، وإن أودعته حنطة فخلطها بحنطة فإن كانت مثلها وخلطها للاحراز والرفع فهلك الجميع فلا يضمن ، لأن المودع على مثل ذلك دخل ، وقد يشق على المودع ان يجعل ما أودعه على حدة ولأنه لو تعدى عليها فأكلها ثم رد مثلها ثم ضاع بعد رده فلا يلزمه شيء فخلطها بمثلها ، كرد مثلها فـلا يضمنها اذا ضاعت ، وان كانت مختلفة فيضمن وكذلك ان خلـط حنطتك بشعير ثـم ضاع الجميع فهو ضامن لأنه قد أفاتها بالخلط قبل هلاكها لأنها لا تتميز وليس كخلط صنف واحد من عـين او طعام . « غ » فقيد الإحراز انما ذكره في الصورة الأولى ، وأما الثانية فلم يذكره فيها أصلا اه ، وقيل انـه خاص ببعض أفراد الصورة الأولى كالحنطة وما شابهها .

وأما الدنانير والدراهم فلا يشترط كون خلطها للاحراز. الحط وليس هذا بصحيح، فقد قال ابو الحسن في شرح قولها المتقدم ومن أودعته دنانير او دراهم فخلطها . الشيخ يعني على وجه الإحراز والرفع لا على وجه التملك قاله ابو عمران في الطعام بعده اه . وأراد والله أعلم بقوله أبو عمران في الطعام بعده أن أبا عمر لم تكلم على قولها في الطعام وحمل ذلك بها على الاحراز قال وكذلك الدنانير والدراهم. وفي التنبيهات قوله في الحنطة إذا خلطها على وجه الرفع والاحراز فلا ضمان عليه اذا كان هذا وشبهه من النظر لان جمعهما احرز لهما من تفريقهما وأرفق لها من شغل مخزنين بذلك وكرائهما وحراستهما وهو المراد بالرفع ، ولأن الخلط اذا كان لغير هذا من تعد او أخذها لنفسه فإنه فيه ضامن ،ولا فرق في هذا بين الطعام والدراهم .

وقوله لان دراهم هذا لا تعرف من دراهم الآخر يدل على انها غير مختلفة وان خلط الدراهم المختلفة لا يضمن به لانها تتميز. وكـذا يجب لو خلط دنانير عنده وديعة

بدراهم له في كيس فلا يضمن اهـ ، فتأمله تجده يدل على ان الاحراز قيد في الصورتين معا والله اعلم .

اللخمي اذا خلط الدراهم بمثلها او الطعام بمثله ثم ضاع كانا شريكين في البـــاقي بقدر ما لكل واحد منها . واختلف في هذا مالك وابن القاسم رضي الله تعالى عنهما لانهما كانا شريكين قبل الضياع بوجه جائز ، واشار الى قولها في تضمين الصناع .

قال مالك رضى الله تعالى عنه من اختلط له دينار بمائة دينار لغيره ثم ضاع منها دينار فهما فيه شريكان صاحب الواحد بجزء من مائة وواحد، وصاحب المائة بمائة جزء من مائة وواحد وقال ابن القاسم وابن مسلمة لصاحب المائة تسعة وتسعون ديناراً . ابن يونس أراد أو لو ويقتسمان ديناراً لم يبق إلا دينار لقسم بينهما نصفين ، لأن كل واحد يدعيه لنفسه .

(تنبيه)

إذا خلطت الوديعة بما لا يجوز خلطها به ، وقلنا يضمنها فليس معناه يضمنها إلا إذا تلفت ، بل يضمنها بمجرد خلطها ، قال اللخمي إذا كان عند رجل وديعتان قمح وشعير فخلطهما ضمن لكل واحد مثل ماله اهـ حط .

(و) تضمن (بـ) سبب (انتفاعه) أي المودع بالفتح (بها) أي الوديعة وتلفهـــا مثلية كانت كطعام أكله أو مقومة كدابة ركبها وثوب لبسه فيما تعطب بمثله فتلفت فلا يضمنها ، ففي المدونة من أودعك عبداً فبعثته في سفر أو أمر يعطب في مثله ضمنته وأما إن بعثه لشراء بقل أو غيره من حاجة تقرب من منزلك فلا تضمن ، لان الغـلام لو أراد الخروج لمثل هذا فلا يمنع منه . ابن ناجي أراد بقوله يعطب بمثله غالباً ، والمراد هلك بسبب ما بعثته فيه ، وهذا لا خلاف في ضمانه ، وأمـــا لو بعثته فيما يعطب فيه نادراً فالصحيح انه لا يضمنه . واختلف إذا هلك في استعماله بأمر من الله تعالى ، فقال سحنون يضمنه ، وقال ابن القاسم لا يضمنه بناء على أنه بالعداء كغاصب واعتبار غالب السلامة اهـ . البناني والظاهر أن هذا التفصيل خاص بالرقيق وهو الذي يفيده تعليلها والله أعلم .

(أو سفره) أي المودع (بها) أي الوديعة فتلفت منه فيضمنها (إن قدر) المودع

بالفتح (على) ردها لربها أو إيداعها عند شخص (أمين) فإن لم يقدر على ذلك وخشي تلفها بتركها فلا يضمنها قاله اللخمي ، ويضمنها بالانتفاع والسفر في كل حال (إلا أن ترد) بضم الفوقية وفتح الراء وشد الدال الوديعة التي انتفع أو سافر المودع بالفتح بها لمحل إيداعها حال كونها (سالمة) من التلف والتعيب ، ثم تتلف بعد ردها فلا يضمنها المودع بالفتح ، لأن موجب ضمانه هلاكها لا مجرد انتفاعه أو سفره بها وظاهره تصديقه في دعوى ردها سالمة بلا إشهاد عليه ، وهو كذلك ، وسواء كان سفره لنقلة أو تجارة أو زيارة قاله في الكافي .

« ق » فيها ومن أودعته دراهم أو حنطة أو ما يكال أو يوزن فاستهلك بعضها ثم هلك باقيها فلا يضمن إلا ما استهلك أولاً ، ولو كان قدر ما استهلك فلا يضمن شيئاً إن ضاعت وهو مصدق ، أنه رد فيها ما أخذه منها ، كتصديقه في ردها اليك وفي تلفها ، وكذلك لو تسلف جميعها ثم رد مثلها مكانها لبرىء كأن أخذها على السلف أو على غيره ولا شيء عليه إن هلكت بعد أن ردها ، ولو كانت ثياباً فلبسها حتى بليت أو استهلكها ثم رد مثلها لم تبرأ ذمته من قيمتها لأنه إنما لزمته قيمتها .

وفي الموازية من استودع دابة أو ثوباً فأقر المستودع بالفتح بركوب الدابة ولبس الثوب وقال هلك بعد أن رددته صدق ، وفي كتاب ابن سحنون يضمن بالتعدي بركوبها أو لبسها إلا أن أقام بينة أنه نزل عنها سالمة ثم تلفت ، وقال بعض أصحابنا يضمنها حتى يردها بحالها . ابن يونس هذه الأقوال في الدابة والثوب على الخلاف في قول مالك رضي الله تعالى عنه في رده لما تلف من الوديعة ، وفيها إن أراد سفراً أو خاف عورة منزله فليودعها ثقة . ابن عرفة ظاهرها ولو دونه في ثقته ، ابن شاس إن سافر بها مع القدرة على إيداعها عند أمين يضمنها ، فإن سافر بها عند العجز عن ذلك كما لو كان في قرية مثلاً فلا يضمنها وإن أودعها عند غيره بلا عذر ثم ردها فلا يضمنها بعد كرده ما تسلف منها ، الحط انظر إذا انتفع بها وردها سالمة فهل يلزمه كراء مثلها أم لا ، وسيأتي في أول باب الغصب عن التنبيهات ما يدل على أن عليه الكراء .

وَحرُمَ سَلَفُ : مُقَوَّمٍ ومَعْدُومٍ ، وكُرِهَ النَّقْدُ والمِثْلِيُّ :

(وحرم) بفتح فضم على مودع بالفتح مليء أو معـــدم (سلف) أي تسلف شيء (مقوم) بضم ففتحتين مثلا كعرض وحيوان مودع عنده اتفاقاً لاختلاف الاغراض في عينه ، فلا يقوم مثله مقامه ، ولأنه من تملك الشيء من غير طيب مالكه (و) حرم سلف شخص مودع بالفتح (معدم) بضم فسكون فكسر ، أي فقير لا يقدر على وفاء مايتسلفه من مثلي مودع عنده . ابن عبد السلام ومن بيده قدرها أو زائد عليهـــا بيسير كالمعدم وأقره المصنف واستظهره في الشامل (وكره) بضم فكسر أن يتسلف (النقد والمثلي) أي ما يكال أو يوزن أو يعد للمودع بالفتح المليء ، تت كذا في وديعتها وفي لقطتها المنع .

« ق » اللخمي ليس للمودع أن يتسلف الوديعة إذا كان فقيراً فإن كان موسراً ، فان كانت الوديعة عروضاً أو مما يقضى فيه بالقيمة أو ما يكال أو يوزن وكان يكثر اختــلافه ولا يتحصل أمثاله كالكتان فليس للموسر أيضاً أن يتسلفها . الباجي اختلف قول مالك رضي الله تعالى عنه في جواز التسلف من الوديعة بغير إذن ربها ، ففي المعونة انه مكروه ، وفي العتبية من سماع أشهب تركه أحب إلي وقد أجازه بعض الناس فروجـــع في ذلك فقال إن كان له مال فيه وفـــاء وأشهد فأرجو أن لا بأس به . الباجي وهـــذا في الدنانير والدراهم .

ووجه الجواز إذا قلنا أن الدنانير والدراهم لاتتعين فانه لا مضرة على المودع في انتفاع المودع بها إذا أراد مثلها ، وقد كان له أن يرد مثلها ويتمسك بها مع بقاء عينها ، ولأن المودع قد ترك الانتفاع بها مع القدرة عليه فجاز للمودع الانتفاع بها ، ويجري ذلك مجرى الانتفاع بظل حائطه وضوء سراجه ، وهذا بخلاف تسلف الوصي مال اليتيم فانه إثم اهـ .

اللخمي اختلف في القمح والشعير وما أشبهه هل يلحق بالدنانير في الجـــواز ؟ وظاهر قول ابن القاسم في المدونة أنه إن تسلف القمح والشعير والزيت وأشبـــاه ذلك مضى على وجه السلف ، لأنه أجاز إذا تسلف ذلك أن يخرج المثل من ذمته كالدراهم ، فلو كان ذلك عنده كالعروض لم يصح إخراج المثل من الذمة ولم يجز التسلف . الباجي الأظهر عندي

المنع ويجيء على قول القاضي أبي بكر أنه يبرأ برد مثله إباحة ذلك . اللخمي وأرى أن ينظر إلى المودع ، فإن كان علم منه أنه لا يكره ذلك فيما بينه وبين المودع أو معه كرم طبع جاز ، وإن كان علمت منه الكراهية فلا يجوز لأنه لو حجر عليه ذلك حين الدفع أو قال إحذر أن تتسلفها لم يختلف في منعه منه ، وإن أشكل أمره كره.

وشبه بالسلف في تفصيله المتقدم بتمامه فقال (كالتجارة) في الوديعة من المودع بالفتح فتحرم في المقوم مطلقاً . ومن المعدم في المنقد والمثلي وتكره فيهما من الملىء قاله عمر . البناني وهو الصواب ونحوه لابن عاشر . وأما ما في المدونة من الكراهة ونصها ومن أودعته مالاً فتجربه فالربح له ، وليس عليه أن يتصدق به وتكره التجارة بالوديعة اهـ ، فإنما هي في وديعة المال ، أي النقد لأنه موضوعها لا مطلقاً (و)إن اتجر المودع بالفتح بالوديعة وربح فيها فـ(الربح له) أي المودع بالفتح ، إذ لو تلفت لضمنها والخراج بالضمان.

« ق » في لقطتها لا يتجر باللقطة في السنة ولا بعدها كالوديعة . وفي الموطأ قال مالك «رض» إذا استودع الرجل مالا فابتاع به لنفسه وربح فيه ، فإن ذلك الربح له لأنه ضامن للمال حتى يؤديه إلى صاحبه . في الاستذكار هذا قول مالك وربيعة والليث وأبي يوسف رضي الله تعالى عنهم أنه إذا رد المال طاب له الربح غاصباً كان للمال أو مستودعاً عنده وتعدى فيه . الباجي قوله فإن ذلك الربح له أراد به إذا كان ذلك المال عيناً ، وهذا عندي مبني على أن الدنانير والدراهم لا تتعين بغصبها ، ولذلك قال إنه لو كانت الوديعة طعاماً فباعه بثمن فإن صاحبه يخير بين إمضاء البيع وأخذ الثمن ، أو يضمنه مثل طعامه ، ووجه ذلك أن هذا مما يتعين بالصفة ، ويتعلق به معنى آخر، وهو أن المودع لم يبطل على المودع غرضه من الدراهم ، لأنه إنما أمره بحفظها ، ولو كانت بضاعة أمره أن يشتري بها سلعة معينة أو غير معينة فاشترى بها سلعة لنفسه ، فإن صاحب البضاعة يخير بين أن يضمنه مثل بضاعته أو يأخذ ما اشترى بها ، ووجه ذلك أنه قد أمره أن يشتري له فأراد أن يبطل عليه غرضه من بضاعته ويستأثر بربحها ،

وَبَرِيءَ إنْ رَدَّ غَيْرَ الْمُحَرَّمِ

فلم يكن له ذلك . وفي المعونة ومن أبضع معه ببضاعة يشتري بها شيئاً فتجر فيها، فإن تلفت ضمنها ، وإن ربح فالربح للمالك ، بخلاف الوديعة ، لأن المبضع طلب الربح فليس للمبضع معه قطعه فلا يكون له من الربح شيء . وفي المنتقى ولم يختلف أصحابنا أن المبضع معه المال يبتاع به لنفسه أن صاحبه مخير بين أن يأخذ ما ابتاع به لنفسه أو يضمنه رأس المال ، لأنه إنما دفعه إليه على النيابة عنه في غرضه وابتياع ما أمره به، فكان أحق بما ابتاعه ، وهذا إذا ظفر بالأمر قبل بيع ما ابتاعه ، فإن فات ما ابتاعه به فإن ربحه لرب المال وخسارته على المبضع معه .

(وبريء) بفتح فكسر المودع بالفتح الذي تسلف الوديعة تسلفاً مكروهاً بأن كانت مثلياً وهو مليء (إن رد) المودع بالفتح المال (غير المحرم) بضم ففتحتين مثقلا تسلفه وهو النقد والمثلي مع كونه ملياً لحل إيداعه ثم ضاع بعد رده ، سواء أشهد على رده أم لا، وسواء كانت مربوطة أو مختومة ، ولا يصدق في دعواه ردها إلا بيمين على المشهور. ابن الحاجب إذا تسلف مالا يحرم تسلفه ثم رد مثله مكانه فتلف المثل بريء على المشهور .

ابن عبد السلام قيد بما لا يحرم تسلفه ليدخل فيه المكروه ويخرج منه العرض وتسلف المعدم العين ، وفي خروج تسلف المعدم العين منه نظر ، لأن ربها إنما يكره تسلفها المعدم خشية أن لا يردها أو يردها بعسر، فإذا ردها فقد انتفت العلة التي لأجلها منع تسلفها، وتبعه في التوضيح ، وفيها لو كانت ثياباً فلبسها حتى بليت أو استهلكها ثم رد مثلها لم تبرأ ذمته من قيمتها لأنه إنما لزمه قيمتها . أبو الحسن مفهومه لو رد القيمة لبريء وليس كذلك ، فإن ذمته لا تبرأ سواء أوقف القيمة أو المثل اهـ . والمشهور أنه يبرأ ، وقيل لا يبرأ ، ثالثها يبرأ إن ردها بإشهاد ، ورابعها يبرأ إن كانت منثورة وإن كانت مصرورة ضمنها ، ولو ردها . في التوضيح وعلى المشهور فلا يصدق إلا بيمين قاله أشهب وابن المواز .

ابن عرفة وعلى براءته في تصديقه في ردها دون يمينه أو بها. ثالثها إن تسلفها بغير بينة صدق دون يمين وإلا لم يصدق إلا ببينة لقول الشيخ لم يذكر في المدونة يميناً مع قول

إلاَّ بِإذْنٍ ، أَوْ يَقُولَ : إنِ احْتَجْتَ فَخُذْ وَضَمِنَ الْمَأْخُوذَ فَقَطْ

أَوْ بِقُفْلٍ بِنَهْيٍ ،

الباجي ، ظاهرها نفيها ، والشيخ عن محمد عن ابن الماجشون في المنثورة . وذكر اللخمي الثالث اختياراً له ولم يعزه ، وقال إلا أن يكون إشهاده لخوف موتـه حفظاً لحق المودع فيبرأ أو إن لم يشهد على ردها اه. الحط ولم أقف على من أخرج المعدم من البراءة إذاتسلف النقد والمثلي ورده إلا ما يفهم من كلام ابن الحاجب .

واستثنى من البراءة برد غير المحرم فقال (إلا) ما استلفه المودع من الوديعة (بإذن) من المودع في تسلفه مطلق عن التقييد بالاحتياج (أو) مقيد بـــه كأن (يقول) المودع بالكسر (إن احتجت) ياموودع بالفتح لتسلف شيء من الوديعة (فخذ) منها ما تحتاجه سلفاً فتسلفها كلها أو بعضها ورد مثل ما تسلفه لمكانه فضاع فلا يبرأ برده ، لأنــه استلفه من مالكه فلا يبرئه إلا رده اليه كسائر الديون . الباجي بعد ما تقدم عنه وهذا إذا تسلف من الوديعة بغير إذن صاحبها ، وأما من أودع وديعة وقيل له تسلف منها إن شئت فتسلف منها ، وقال رددتها فقد قال ابن شعبان لا يبرئه رده إياها إلا إلى ربها ، ووجه ذلك أنــه إذا قال ذلك رب المال صار هو المسلف فلا يبرأ المسلف إلا برده اليه ، وعندي أنه يبرأ برده إلى الوديعة لأنها كانت على حسب ذلك عنده قبل أن يتسلفها ، فإذا ردها إلى مـــا كانت عليه برىء من ضمانها .

(و) إن أخذ المودع بعض الوديعة بإذن مطلق أو مقيد ورده وضاع مع الباقي (ضمن) المودع بالفتح البعض (المأخوذ فقط) أي دون البعض غير المأخوذ فلا يضمنه فيها . ومن أودعته دراهم أو حنطة أو ما يكال أو يوزن فاستهلك بعضها ثم هلك باقيها فلا يضمن إلا ما استهلك أولاً ، ولو كان قدر ما استهلك فلا يضمن شيئاً إن ضاعت وهو مصدق أنــه رد فيها ما أخذه منهـــا (أو) أي ويضمنها إن ضاعت (ب) سبب وضع (قفل) بضم فسكون آلة من حديد تجعل على الباب لمنع فتحـــه متلبس (بنهي) من المودع بالكسر للمودع بالفتح عن وضعه على ما هي فيها فوضعه عليه فسرقت فيضمنها لإغرائه السارق

أو بِوَضْعٍ بِنُحَاسٍ فِي أَمْرِهِ بِفَخَّارٍ ، لاَ إِنْ زَادَ قُفْلاً ، أو عَكَسَ فِي ٱلْفَخَّارِ ، أو أَمَرَ بِرَبْطٍ بِكُمٍّ فَأَخَذَهَا بِٱلْيَدِ ؛

بوضعه ، ومفهوم بنهي أنه إن لم ينهه عنه فلا يضمنها . ابن عبد الحكم من قال لمن أودعه وديعة أجعلها في تابوتك ولم يقل غير هذا فلا يضمن إن قفل عليها ، ولو قال لا تقفل عليها يضمنها ، لأن السارق برؤية القفل أطمع .

(أو) أي وتضمن (ب)سبب (وضع) للوديعة (ب)وعاء (نحاس) فسرقت منه (في) صورة (أمره) أي المودع بالكسر بوضعها (ب)وعاء (فخار) لأن وضعها في النحاس يغري السارق . ابن عبد الحكم لو قال اجعلها في سطل فخار فجعلها في سطل من نحاس ضمن وفي العكس العكس (لا) تضمن الوديعة (إن زاد) المودع بالفتح (قفلاً) على ما فيه الوديعة فسرقت . ابن عبد الحكم إن قال اقفل عليها قفلاً واحداً فقفل عليها قفلين فلا يضمنها . ابن يونس السارق أطمع إذا كانت بقفلين لدلالته على كثرة المنقول عليه وشدة الخوف عليه ، فيجب الضمان . الحاجب واقفل واحداً فقفل اثنين قولان . خليل القول بنفي الضمان لابن عبد الحكم وعليه اقتصر في الجواهر ، وزاد إلا أن يكون فيه إغراء اللص فيضمن ، والقول بالضمان مال اليه ابن يونس ، ولم أعلمه منصوصاً . وفي الشامل وبقفل نهاه عنه واختير سقوطه لا إن لم ينهه أو زاد قفلاً إلا في حال إغراء لص .

(أو) أي ولا ضمان على المودع إن (عكس في) صورة (الفخار) بأن أمره بوضعها في نحاس فوضعها في فخار فسرقت فلا يضمنها (أو أمر) المودع بالكسر المودع بالفتح (بربط) للوديعة (بكم) بضم الكاف وشد الميم للمودع بالفتح (فأخذ) المودع بالفتح الوديعة (باليد) فسرقت منه فلا يضمنها لأن اليد أصون من الكم . ابن شاس لو سلم اليه دراهم وقال له اربطها في كمك فأخذها في يده فأخذها غاصب من يده فلا يضمنها ، لأن اليد أحرز هاهنا إلا أن يريد بجعلها في الكم إخفاءها عن غاصب فيضمن بجعلها في اليد ، وتورك البساطي على المصنف بقوله لم أر زيادة الربط في الرواية غير ظاهر ، لأن المصنف ليس مقيداً بالاقتصار على الرواية ، وقد قال ابن شعبان لو ربطها في داخل كمه أو خارجه كان حرزاً ، ولو شدها في وسطه كان حرزاً ، ولو ثنى عليها بالسراويل بغير شدها لم يكن حرزاً ، حكى هذا عنه ابن عرفة .

كَجَيْبِهِ عَلَى ٱلْمُخْتَارِ ، وَبِنِسْيَانِهَا فِي مَوْضِعِ إِيدَاعِهَا ، وَبِدُخُولِهِ ٱلْحَمَّامَ بِهَا ،

وشبه في عدم الضمان فقال (كـ)وضعها في (جيبه) أي المودع بالفتح فسرقت فلا يضمنها (على المختار) عند اللخمي من الخلاف . البناني ابن عرفة في الزاهي لو جعل الوديعة في جيب قميصه ضمنها ، وقيل لا والأول أحوط ، ولما ذكر في المقدمات كلام ابن شعبان قال اختياره صحيح ، لأن الجيب ليس من العادة أن ترفع اليه الودائع ، وجاعلها فيه متعرض لتلفها . اللخمي لو لقيه في غير بيته فقال اجعلها في وسطك فجعلها في كمه أو جيبه ضمنها ، وإن لم يشترط حيث يجعلها فجعلها في كمه أو في عمامته فلا يضمن ، وفي جعلها في الجيب نظر .

ابن عرفة لا يختلف في عدم ضمانه اليوم لأنه الأغلب من حال الناس . ابن عبد السلام الأقرب سقوط الضمان في الجيب ، فإنه أصون لها ولا سيما في لباس أهل المغرب ، وقبله في التوضيح ، وزاد وأما الذي يقال له المكتوم عندنا فالكم أحفظ منه ، وتأمل هذا مع مكتوم عرفنا اه ، وما عزاه المصنف للخمي من الاختيار فقد أشار المواق إلى اعتراضه بقوله عقب ما تقدم عنه اه ، ما ألفيته للخمي اه ، فلعل صوابه على الأحسن مشيراً به إلى ما تقدم عن ابن عبد السلام والله أعلم .

(و) تضمن (بـ)سبب (نسيانها) أي الوديعة (في موضع إيداعها) ابن يونس روى أصبغ عن ابن وهب من استودع وديعة في المسجد أو في المجلس فجعلها على نعليه فذهبت فلا يضمنها . قلت ألم يضيع إذ لم يربطها قال يقول لا خيط معي . قلت يربطها في طرف ردائه قال يقول ليس علي رداء . قلت فإن كان عليه رداء قال لا يضمن كان عليه رداء أو لم يكن . ابن حبيب مطرف وابن الماجشون ان نسيها في موضع دفعت اليه فيه وقام يضمنها لأنها جناية وليس كسقوطها من كمه أو يده من غير نسيان لأخذها ، هذا لا ضمان عليه . ابن يونس نسيانه حتى سقطت من كمه أو يده كنسيانه لأخذها ويجب أن لا يضمن .

(و) تضمن (بـ) سبب (دخوله) أي المودع بالفتح متلبساً (بها) اي الوديعة

وبِخُرُوجِهِ بِهَا يَظُنُّهَا لَهُ فَتَلِفَتْ، لاَ إِنْ نَسِيَهَا فِي كُمِّهِ فَوَقَعَتْ

(الحمام) بفتح الحاء المهملة وشد الميم فسرقت منه . سحنون من أودع وديعة فصرها في كمه مع نفقته ودخل الحمام فضاعت ثيابه بما فيها فإنه ضامن . ابن يونس لعله إنما ضمنه لدخوله بها الحمام .

(و) تضمن (بـ) سبب (خروجه) أي المودع بالفتح (بها) أي الوديعة من بيته حال كونه (يظنها) أي الوديعة ملكاً (له) أي المودع بالفتح (فضاعت) الوديعة منه لأنها جناية خطأ ، وهي كالعمد في أموال الناس . مطرف وابن الماجشون ولو أودعها وكان في بيته فأخذها يوماً فأدخلها في كمه وخرج بها يظنها دراهمه فسقطت منه فإنه يضمنها . ابن يونس أما هذه فصواب لأنه غير مأذون له في التصرف ، فنسيانه في هذا كعمده ، لأن الخطأ والعمد في أموال الناس سواء . وأما في وضعها على نعله أو حملها من موضع إيداعها الى داره في يده أو كمه فهو غير متعد فيه ، فنسيانه اياها في موضعه أو في كمه حتى سقطت أمر يعذر به كالاكراه على أخذها منه (لا) تضمن (ان نسيها) أي المودع بالفتح الوديعة حال كونها (في كمه) أي المودع بالفتح فسقطت منه بحيث أمر يحملها فيه على الأصح ، تقدم شاهده في كلام مطرف وابن الماجشون وابن يونس .

ابن الحاجب لو نسيها في موضع ايداعها ضمن بخلاف نسيانها في كمه فتقع . وقيل سواء . خليل اذا نسيها في موضع ايداعها فقال مطرف وابن الماجشون وابن حبيب عليه الضمان ، بخلاف نسيانها في كمه فلا ضمان عليه . وقيل سواء يحتمل في نفي الضمان ولم أره في الأولى منصوصاً . نعم خرجه جماعة من الثانية ، وخرجه اللخمي وابن رشد من المودع مائة دينار فيدعيها رجلان ونسي أيهما أودعه ، وممن اشترى ثوبين بالخيار من رجلين فاختلطا ولم يدر لمن الجيد منهما فاختلف هل يضمن لهما أو لا شيء عليه ، اللخمي والعذر بالنسيان أبين لأنه لا يعد به مفرطاً ، ويحتمل أنه أراد بقوله سواء أي في الضمان لكن لم أر من قال في الثانية بالضمان والله أعلم .

ونقل ابن عرفة كلام مطرف وابن الماجشون وابن حبيب المتقدم ونقل عن ابن شعبان ما نصه لو أودعه بالطريق فمضى لحاجته قبل الخروج فضاعت ضمن ، ولو جعلها في

وَلَا إنْ شَرَطَ عَلَيْهِ الضَّمَانَ ، وبِإِيدَاعِهَا وإنْ بِسَفَرٍ لِغَيْرِ زَوْجَةٍ وأَمَةٍ اُعْتِيدَا بِذَلِكَ

كمه ملقاة لم يكن حرزاً ، ثم قال ابن عرفة قول مطرف وابن الماجشون وابن حبيب في سقوطها من كمه لا يضمنها خلاف ما قاله في الزاهي ، وبه يفسر كلام ابن الحاجب ا هـ . وفي الشامل ولو نسيها في محل ايداعها ضمنها على المنصوص ، ثم قال لا ان نسيها في كمه فسقطت على الأصح . ابن الفاكهاني هذا أصل مختلف فيه بين أصحابنا ، فمنهم من جعل نسيانه جناية منه ومنهم من عذره به والله أعلم .

(ولا) تضمن (ان شرط) المودع بالكسر (عليه) أي المودع بالفتح (الضمان) بلا سبب من أسبابه لأنه شرط مخالف لحكمها (و) تضمن (بـ) سبب (ايداعها) أي الوديعة من المودع بالفتح عند غيره ، وتلفت وان كان الثاني أميناً اذ لم يرض المودع بالكسر الا بأمانة الأول ان أودعت عنده بحضر ، بل (وان) أودعت عنده وهو متلبس (بسفر) فليس ايداعها عنده وهو مسافر عذراً مبيحاً لايداعها عند غيره ، ومحل ضمانه ان أودعها (لغير زوجة وأمة) ، فإن أودعها لزوجته أو أمته فضاعت فلا يضمنها عند الامام مالك . زاد ابن القاسم رضي الله تعالى عنهما (ان اعتيدا) أي الزوجة والأمة بالايداع عندهما من الزوج والسيد وحفظهما له ما أودعهما اياه ، وحمله أكثر الشيوخ على التفسير والتقييد لقول الامام وأقلهم على خلافه .

ومفهوم الشرط الضمان ان أودع زوجة أو أمة لم يعتد ايداعه عندهما فضاعت بأن أودعها عقب تزوجها أو تملكها أو لم يأتمنها على ماله ، وشمل غير الزوجة والأمة أجير الخدمة والعبد اللذين في عياله وجعلها في المدونة كالزوجة والأمة ، وعليه درج صاحب الشامل ، وهل حكم ايداع الزوجة عند زوجها كحكم ايداعه عندها أولا قولان ، وأسقطت تاء التأنيث من اعتيد باعتبار كونهما شخصين والا فهي لازمة أفاده تت .

(ق) ابن عرفة موجب ضمانه الوديعة تصرفه فيها بغير اذن عادي أو جحدها فما فوقهما فيها مع غيرهما ايداعه اياها لا لعذر في غيبة ربها يوجب ضمانه اياها ، وفيها ان

أودعت لمسافر مالاً فأودعه في سفره فضاع ضمن ومن أودعته مالاً فدفعه الى زوجته أو خادمه لترفعه له في بيته ، ومن شأنه أن يدفع اليها فلا يضمن ما هلك منه ، وهذا مما لا بد منه ، وكذلك إن دفعه الى عبده أو أجيره الذي في عيـــاله او رفعه في صندوقه أو بيته ونحوه فلا يضمنه ، ويصدق في أنه دفعه الى أهله وأنه أودعه على هـذه الوجوه التي ذكرنا أنه لا يضمن فيها وان لم تقم له بينة .

ابن يونس وكان المودع أودعه على ذلك فصار كالاذن له في ذلـك ، ولو لم يكن من شأنه أن يرفع له زوجته أو أمته وأنه كان لا يثق بماله اليهم ودفع الوديعة اليهم فإنـــه يضمنها ، وظاهر الكتاب يؤيد هذا . محمد ان لم يكن شيء من هذا ورفعها عند غير من يكون عنده ماله والقيام له يضمنها .

واستثنى من ايداعها لغير زوجة وأمة معتادين به فقال (الا) ايداعهـــا (لعورة) بفتح العين المهملة وسكون الواو ، واي صفة وحالة يخشى ضياع الوديعة بسببها ان بقيت في محلها كانهدام الدار او زيادته ومجاورة من يخشى شره (حدثت) أي تجـددت العورة بعد الايداع فلا يوجب ضمانها ، فإن تقدمت على الايداع وعلمهـــا المودع بالكسر فليس للمودع بالفتح ايداعها ، فإن أودعها فيضمنها . « ق » اللخمي إذا خـــاف المودع عورة منزله أو جار سوء و كان ذلك أمراً حدث بعد الإيداع جاز له أن يودعها ولا يضمنها وإن كان ذلك متقدمـــاً قبل الإيداع والمودع عـــالم بـه لم يكن له إيداعها ، فإن أودعها فيضمنها .

(أو) أي وإلا إيداعها (لـ) إرادة (سفر) من المودع بالفتـح (عند) عجزه عن (الرد) أي رد الوديعة لمودعها لغيبته ولا وكيل له فلا يوجب ضمانها . « ق » فيها إن أراد المودع بالفتح سفراً أو خاف عورة منزله وربها غائب فليودعها ثقة . ابن عرفة ظاهره ولو كان دونه في ثقته فسفره وخوف عورة منزلة عذر . أبو محمد ولا يضمنها ولو دفعهـا بغير بينة . ابن يونس كدفعه لزوجته وخادمه . وينبغي على أصولهم ضمانه إن لم تقـم له بينة لدفعه لغير من دفع اليه لكنهم لم يضمنوه لعذره . ومفهوم الظرف داخل فيما قبـل

وإنْ أودِعَ بِسَفَرٍ ، وَوَجَبَ ٱلْإِشْهادُ بِالْعُذْرِ ، وَبَرِىءَ ، إنْ رَجَعَتْ سَالِمَةً ،

الإستثناء ، وظاهره كالمدونة لا فرق بين العين وغيرها ، وردد البساطي في جعل العجز عن الرد قيداً في هذه فقط أو في التي قبلها أيضاً .

البناني كلام المدونة صريح في رجوعه لهما كما في « ق » وطفي ، قال هذا التردد وما ذكره البساطي من أن ظاهر الروايات أنـه في السفر فقط وقبول ذلك قصور مـع قولها ، وإن أراد سفراً أو خاف عورة منزله ولم يكن صاحبها حاضراً فيردها اليـه فليودعها ثقة ولا يعرضها للتلف ثم لا يضمن ا هـ ، وبالغ على عـدم الضمان بالإيداع لعذر حدث فقال هذا إن أودعها بحضر ، بـل (وإن أودع) المودع بالفتح الوديعة لغيره (بسفر) ابن عاشر الظاهر إن أودع بالبناء للفاعل راجع لقولـه إلا لعورة حدثت ، وأشار به لقول المدونة وإذا أودعت مسافراً في سفره مالاً فأودعـه فضاع ضمن . ابن القاسم وأشهب إلا أن يضطره اللصوص فيسلمه لمن ينجو بـه ا هـ ، والمعنى أن من أودع وديعة تحت يده لعذر فلا يضمنها ولو أودعها لغيره في السفر ا هـ . البنـاني وبه ينتفي التكرار مع ما تقدم على ما هو الصواب .

(ووجب) على المودع بالفتح إذا خاف على الوديعـة من عورة منزله التي حدثت أو أراد السفر وإيداع الوديعة عند غيره فيجب عليه (الاشهاد) لعدلين (ب) معاينـة (العذر) الذي حدث ، ولا يكفي قوله اشهدوا أني أودعها لعذر . « ق » فيها لا يصدق في إرادة السفر أو خوف عورة المنزل إلا ببينة . اللخمي إن ثبت الإيداع والوجـه الذي أوجبه وهو خوف موضعه أو للسفر برىء المودع .

(و) إن أودع المودع بالفتح الوديعة لعذر ثم زال العذر الموجب إيداعها بأن رجع من سفره أو بنى بيته أو انتقل عنه جار السوء ورد الوديعة لمحل إيداعها ، ثم تلفت منه أو أودعها عند غيره لغير عذر ثم ردها من أودعها عنده لمحل إيداعها الأول ثم تلفت منـه (برىء) المودع بالفتح من ضمانها (إن رجعت) الوديعـة من المودع الثاني للمودع الأول

بالفتح فيها حال كونها (سالمة) من التلف والعيوب ثم تلفت بعد رجوعها . « ق » فيها من أودع وديعة عند غيره ثم استردها منه فضاعت فلا يضمنها ، كقول الإمام مالك رضى الله تعالى عنه إن أنفق منها ثم رد ما أنفق فلا يضمنه .

(و) إن أودع المودع بالفتح الوديعة عند غيره لارادته السفر وسافر ثم رجع من سفره فـ (عليه) أي المودع بالفتح (استرجاعها) أي أخذ الوديعة ممن أودعها عنده وردها إلى محل إيداعها الذي كانت به (إن) كان (نوى) المودع بالفتح (الاياب) بكسر الهمز ، أي الرجوع من السفر الذي أودعها حين إرادته عند غيره لأجله لالتزامه حفظها لربها فلا يسقط عنها إلا زمن عذره بالسفر . ومفهوم الشرط أنه إن لم ينو الاياب عند سفره بأن كان ينوي عدمه أو لا نية له ثم عاد فلا يجب عليه استرجاعها . البساطي والمنصوص نتبه . « ق » اللخمي إن أودعها عند حدوث سفر ثم عاد منه فإن كان سافر ليعود كان عليه أن يأخذها ويحفظها لأنه التزم حفظها حتى يأتي صاحبها فلا يسقط عنه إلا القدر الذي سافره ، وإن كان سفره على وجه الانتقال ثم عاد كان له أن يأخذها وليس ذلك بواجب عليه .

(تنبيهات)

الأول : إن أودعها لعورة حدثت ثم زالت فعليه استرجاعها ، فلو قال بعد قوله إن نوى الاياب أو زالت العورة لشمل هذا .

الثاني : إن أودعها لغير عذر فعليه استرجاعها .

الثالث : إن ترك استرجاعها الواجب فتلفت فإنه يضمنها بمنزلة إيداعها بلا عذر .

الرابع : إذا طلبها ممن أودعها عنده فمنعه منها فإنه يقضى عليه بردها له لأنه الذي أودعها عنده ، ففي النوادر ومن كتاب ابن المواز وابن عبد الحكم قالا وعن أودعته وديعة ثم أقررت أنها لزيد الغائب ثم طلبت قبضها فلك ذلك بالحكم ، وليس إقرارك أنها لزيد يمنعك من قبضها في غيبة زيد لأنك الذي أودعته

(و) تضمن بسبب (بعث) أي إرسال من المودع بالفتح (بها) أي الوديعة لربها بغير إذن فتتلف ، ولو ادعى إذنه وأنكره ولا بينة عليه . « ق » فيها لو قال في الوديعة والقراض قد رددت ذلك مع رسولي إلى ربه ضمن إلا أن يكون ربه أمره بذلك . أشهب سواء أودعته ببينة أولا . ابن القاسم في المودع يأتيه رجل زعم أن ربها أمره بأخذها فصدقه المودع بالفتح ودفعها له فضاعت منه وأنكر ربها أمره فيضمنها الدافع وله الرجوع على قابضها .

(تنبيهات)

الأول : إذا سافر المودع بالفتح بالوديعة إلى ربها فتلفت منه قبل ردها له فيضمنها ، ففي المدونة للإمام مالك رضي الله تعالى عنه في امرأة ماتت بالاسكندرية فكتب وصيها إلى ورثتها بالمدينة المنورة بأنوار النبي ﷺ فلم يردوا له جواباً ، فسافر بتركتها اليهم فهلكت في الطريق فهو ضامن لها لسفره بها بغير أمر أربابها ا هـ ، وأقره أبو الحسن على ظاهره ، والذي في الخرشي أنه لا يضمنها ، وانظر من أين أتى به ونقل عن المسناوي أن الحق التفصيل ، وهو إن أغر بها بسفره بها في وقت مخوف فيضمنها وإلا فلا ا هـ ، البناني ما في المدونة والتوضيح هو الضمان مطلقاً ، وهو الظاهر .

الثاني : ابن رشد من أودعت معه وديعة لبلد فعرضت له إقامة في الطريق قصيرة كالأيام أو طويلة كالسنة أو متوسطة كالشهرين فإن بعثها في القصيرة فضاعت فيضمنها وإن حبسها في الطويلة فضاعت فيضمنها ، وهو مخير في المتوسطة ا هـ . الحط هذا هو الذي ارتضاه ابن رشد وجمع به بين أقوال مالك وأصحابه رضى الله تعالى عنهم اجمعين .

الثالث : من أرسل بمال إلى شخص فلم يجده فرجع به فضاع منه حال رجوعه فلا يضمنه إن كان في البلد ، وإن كان بغيره فهو متعد في رجوعه ، لأن الواجب عليه حيث لم يجده إيداعه عند ثقة .

الرابع : في النوادر من كتاب ابن المواز من أبضع معه ببضاعة فليس له إيداعها غيره

وبإنزائه عليها فمتن ، وإن من الولادة كأمة زوجها فماتت من الولادة ، وبجحدها

ولا بعثها مع غيره إلا أن تحدث له إقامة في بلدة ولم يجد صاحبها ووجد من يخرج إلى حيث أمره صاحبها فله توجيهها ، ثم قال قال مطرف لو قال الآمر قد أمرتك أن لا تخرجها من يدك ولا تدفعها إلى غيرك وأنكر ذلك المأمور فالمأمور مصدق وإن لم تقم له بينة وقاله ابن الماجشون وأصبغ ، وقال مطرف فيه لو اجتهد في انه أمين فإذا هو غير أمين فلا ضمان عليه اهـ .

(و) تضمن (بـ) سبب (انزائه) بكسر الهمز وسكون النون وبالزاي آخره همز أي إرسال المودع بالفتح الفحل عليها لتحمل بغير إذن ربها (فمتن) أي الإناث المودعات من الإنزاء ، بل (وإن) متن (من الولادة) قاله ابن القاسم ، وقال الإمام مالك رضي الله تعالى عنه لا يضمنها إن ماتت من الولادة ، وقال أشهب لا يضمنها ولو ماتت من الإنزاء قاله تت .

وشبه في الضمان فقال (كأمة) مودعة بالفتح (زوجها) أي المودع بالفتح الأمة بغير إذن ربها (فماتت) الأمة (من الولادة) تت وكذا موتها من وطئها . ابن ناجي على المشهور فلو اقتصر على قوله فماتت لكان أحسن لشموله المسألتين ، ومفهوم أمة إن تزويج العبد لا يوجب الضمان وهو كذلك ويخيره سيده في فسخ نكاحه ، ففي النوادر ولو كانوا ذكوراً فلا يضمن شيئاً لأن للسيد أن يجيزه فلا يضمن ، وقد أجاز فعله ، وإن فسخه رجع العبد لحاله بلا نقص اهـ . ونقله في التوضيح « ق » فيها ومن أودعته بقراً أو نوقاً أو أتناً فانزى عليهن فحملن فمتن من الولادة أو كانت أمة فزوجها فحملت فماتت من الولادة فهو ضامن وكذلك لو عطبت تحت الفحل .

(و) تضمن (بـ) سبب (جحد) ايداع (ها) ثم أقر به أو قامت عليه بينة به وادعى ردها أو تلفها ، فان استمر على جحده ولم تقم عليه به بينة فـلا يضمنها ولو لم يجحد الإيداع ، وإنما قال لا يلزمني تسليم شيء اليك ثم قامت البينة عليه بالإيداع فادعى الرد

ثُمَّ فِي قَبُولِ بَيِّنَةِ ٱلرَّدِّ خِلَافٌ وبِمَوْتِهِ ولَمْ يُوصِ ، ولَمْ تُوجَدْ ،
إلاَّ لِكَعَشْرِ سِنِينَ ،

أو الضياع لقبل قوله قاله في النوادر عن ابن حبيب (ثم) إن أقام المودع بالفتح بينة برد الوديعة لربها بعد إقراره به أو قيام البينة عليه به وكان جحده أولاً ف (في قبول بينة) المودع الشاهدة له بـ (الرد) أي رد الوديعة لمودعها لأنه أمين ، ولا ينظر لتضمن جحده تكذيبها ، واستحسنه اللخمي وعدمه لتكذيبها بجحده ابتداء وهو المشهور (خلاف) أي قولان مشهران .

« ق » اللخمي اختلف إذا أنكر الإيداع ، فلما شهدت عليه البينة به أقام البينة بالرد فقيل لا تقبل بينة لأنه كذبها بقوله ما أودعتني ، وكذا إذا قال ما اشتريت منك فلما أقام عليه البينة بالشراء أقام هو عليه البينة بالدفع وقيل يقبل قوله في الموضعين جميعاً وهو أحسن ، لأنه يقول أردت أن لا أتكلف بينة . ابن حبيب ابن القاسم وأشهب ومطرف وابن الماجشون وأصبغ من استودع وديعة ببينة فجحدها ثم أقر أنه ردها وأقام البينة بردها فإنه ضامن لأنه أكذبها إن قال لم أجدها ، يريد أو قال ما اودعتني شيئاً ، وأما لو قال مالك عندي شيء فالبينة بالبراءة تنفعه ، وكذلك في القراض والبضاعة ا هـ .

ابن زرقون تحصل فيمن أنكر أمانة ثم ادعى ضياعها أو ردها ثلاثة أقوال ، الأول لمالك من سماع ابن القاسم يقبل قوله فيهما . الثاني لمالك أيضاً لا يقبل قوله فيهما . الثالث لابن القاسم يقبل قوله في الضياع دون الرد ، المشهور أنه إن قامت بينة على ضياعه أورده فإنها تنفعه بعد إنكاره . ابن شاس لا يقبل قوله لتناقض كلاميه .

(و) تضمن (بموته) أي المودع بالفتح (و) الحال انه (لم يوص) أي المودع بالفتح بها (و) الحال انها (لم توجد) الوديعة بعينها في تركته فيؤخذ عوضها منها ويحمل على أنه تسلفها أو أتلفها قاله مالك رضي الله تعالى عنه في كل حال (إلا أن) يطول الزمان (كـ) طول (كعشرين سنة) من يوم إيداعها فيحمل على ردها لربها . ومفهوم لم يوص أنه لو أوصى بها ولم توجد فلا يضمنها ، ومنه قوله هي بموضع كذا ولم توجد فيه فتحمل على

انها سرقت بعد موته أو حال مرضه ، وظاهر إطلاق المصنف كابن الحاجب سواء ثبت الإبداع ببينة أو اعتراف المودع ، وقبله ابن هرون وابن عبد السلام والمصنف ، وتبعهم صاحب الشامل وتعقبهم ابن عرفة ، ونصه ابن الحاجب ومتى ملت ولم يوص بها ولم توجد ضمن ، قال مالك رضى الله تعالى عنه ما لم تتقادم كعشر سنين فقبله ابن هرون بإطلاقه ، وكذا ابن عبد السلام ، وأتى بما يدل على العمل باطلاق لفظه ، فقال استشكل ذلك بمضهم لأن الأصل فيا قبض على الأمانة أنه باق على ذلك ، وقصارى هذه القرينة أن توجب شكاً والذم لا تعمر بالشك . ولأجل هذا استثنى مالك رضى الله تعالى عنه بقوله ما لم تتقادم لضعف موجب الضمان في الأصل ، ولو وجب محققاً ما سقط بهذا الطول ورأى أن هذا الطول يدل على أن ربها أخذها وما يشبه هذا من الاحتمالات المنضمة إلى الأصل في سقوط الضمان ، ثم قال ابن عرفة ، وهذا يدل من تأمله على فهمه وحمله لفظ ابن الحاجب على الإطلاق سواء كانت هذه الوديعة ثابتة ببينة أو باعتراف المودع ، وليس الأمر كذلك ، بل ظاهر المدونة في كتاب الوديعة والقراض ذلك ، وهو ثبوت كونها في ذمته مطلقاً كانت ببينة أو اعتراف ، لكن هذا الإطلاق يقيده سماع ابن القاسم ، سئل عن الوديعة يقر بها الذي هي عنده دون بينة عليه قال مالك رضى الله تعالى عنه لهذه الأمور وجوه أرأيت لو مر عليها عشرون سنة ثم مات فقام ربها يطلبها ما رأيت له شيئاً ، وكأني رأيته يرى إن كان قريباً أن ذلك له وهو رأيي لو كان إنما لذلك السنة وشبهها ثم مات ثم طلب الذي أقر له لرأيته في ماله اه .

ابن رشد وهذا كما قال أن من أقر بوديعة دون أن يشهد بها عليه ثم مات ولم توجد أن لا شيء عليه إن طالت المدة لأنه لو كان حياً وادعى ردها لكان القول قوله بيمينه[1] ، ثم

(١) (قوله لكان القول قوله بيمينه) أي المودع . ابن رشد فان مات لزم الكبير من ورثته أن يحلف ما علم لها سبباً ولم يحمل مع الطول انه تصرف فيها بما يعلقها بذمته ، لأن الأصل براءتها فلا تعمر إلا بيقين ، وكان القياس هذا ولو لم تطل المدة فتفريقه بين القريب والبعد استحسان ، ووجهه قوة الظن بالرد مع الطول ، وقال الطول عشر سنين مرة ، وقال في موضع آخر عشر سنين ، وقال في السنة وشبهها أنها يسير .

وأَخذَها إنْ ثبَتَ بكِتابَةٍ عَلَيْها أنَّها لَــهُ ، أنَّ ذَلِكَ خطُّهُ ،
أو خطُّ المَيِّتِ ، وبِسَعْيِهِ بِها لِمُصَادِرٍ ،

قال ابن عرفة فنقل ابن الحاجب قول مالك رضى الله تعالى عنه ما لم تتقادم دون تقييد ثبوت الوديعة بإقرار المودع غفلة أو غلطة والتعقيب على شارحيه أشد .

(و) ان ادعى شخص أن له وديعة عند ميت ووجدت في تركته مكتوباً عليهـــا أنها للمدعى (أخذها) أي استحق المودع بالكسر أن يأخذ وديعتـــه من تركة المودع بالفتح (إن ثبت بكتابة عليها) أي الوديعة (أنها) أي الوديعة (له) أي المودع بالكسر وقد تنازع في انها له ثبت وكتابة (ان ثبت أن ذلك) أي المذكور من الكتابة (خطه) أي المودع بالكسر (أو) ثبت انه (خط) المودع بالفتح (الميت) قاله أصبغ ، وقال ابن القاسم يأخذها إن وجد عليها خط الميت لا خط المودع. ابن دحون خشية أن يكون بعض الورثة أخرجها له فكتب عليها اسمه ، وظاهره ولو انفردت هذه الوديعة بالكتابة عليها دون غيرها .

(ق) سمع أبو زيد ابن القاسم من هلك وترك ودائع ولم يوص فتوجـــد صرر فيها وديعة فلان ، وفيها كذا وكذا دينار ، ولا بينة انه استودعها إياه إلا بقوله ، ووجدوهـــا عند الهلاك كما ادعى لا شيء له منها ، ابن رشد لا يقضى لمن وجد عليها اسمه إن لم تكن بخطه ولا بخط المودع ، فان كانت بخط المتوفى الذي وجدت عنده فهي لمن وجد اسمه عليها اتفاقاً إلا على رأي من لا يرى الشهادة على الخط ، وان كان بخط مدعي الوديعـــة فقال أصبغ انه يقضى له بها مـــع كونها في حوز المستودع اسمه وأخـــذ منه على ذلك جعلا .

(م) تضمن (بسعيه) أي مشى المودع بالفتح (بها) أي الوديعة (لمصادر) بضم الميم وكسر الدال أي ظالم أو فتحها أي المودع الذي صادره ظالم ليأخذ ماله ظلمـــاً ودفعها له بحضرته . ابن عرفة قول ابن شاس لو سعى بهـــا إلى مصادر ضمنها واضح لتسببه في تلفها ولم أعلم نص المسألة إلا للغزالي ، ونص الوجـــيز السادس من موجبات

الضمان التضييع وذلك أن يلقيه في مضيعة ، أو يدل عليه سارقاً ، او يسعى به إلى من يصادر المالك فيضمن .

(و) إن أرسل شخص بمال إلى بلد فمات قبل وصوله ولم يوجد المال في تركته فانه يضمن (بموت) الشخص (المرسل) بضم الميم وفتح السين المال معـــه (لبلد) يعطيه لشخص معين أو يفرقه على فقرائه (إن لم يصل) المرسل معه (اليه) أي البلد بأن مات قبل وصوله ولم يوجد المال في تركته فيؤخذ عوضه منها حملا له على انه استلفه وأتلفــه ومفهوم الشرط أنه إن وصله ومات بعد وصوله بمدة يمكنه فيها دفع المال للمرسل اليه ولم يوجد في تركته فلا يضمنه ، ويحمل على أنه دفعه للمرسل اليه .

« ق » فيها لمالك رضي الله تعالى عنه وإن بعثت بمال إلى رجل ببلد فقدمها الرسول ثم مات بها وزعم الرجل أن الرسول لم يدفع اليه شيئاً فلا شيء لك في تركة الرسول ولك اليمين على من يجوز أمره من ورثته أنه ما يعلم لك شيئاً ولو مات الرسول قبل أن يبلغ البلد ولم يوجد للمال أثر فإنه يضمنه ويؤخذ من تركته . اللخمي وجه هذا أنه في الطريق مودع وبوصوله يحمل على أنه امتثل ما وكل عليه بدفعه والإشهاد عليه، وقـــد يخفى على ورثته من كان أشهده على دفعه فلا يضمن بالشك .

ابن عرفة ومن بعث معه بمال لرجل ببلد فمات ولم يوجـد في تركته وأنكر المبعوث له قبضه ففي ضمانه المبعوث معه مطلقاً ، وإن مات قبل وصوله البلد ، ثالثها عكسه للصقلي عن محمد مع أشهب وسحنون قائلاً في روايتها هي رواية سوء ، ولها للموازية وفيها إن مات بعد وصوله حلف من ورثته من كان فيهم كبيراً مـا يعلم لك شيئاً . اللخمي يحسن تضمينه بموته بالطريق إن أقام بعد قبضها وهي عين ، ومثله يتصرف في الوديعة . عياض حمل الأكثر قول أشهب على الخلاف ، وتأول حمديس قولها على أنـــه فيما تطاول ، وأن الذي على أصله في القرب أن يضمن ، وكذا حمل في الموازية ، قلت فعلى هذه التأويل قولا وهو فعل ابن رشد الأقوال خمسة الثلاثة واختيار اللخمي وتأويل حمديس ...

وَبِكَلُبْسِ الثَّوْبِ، ورُكُوبِ الدَّابَّةِ ، والقَوْلُ لَهُ أَنَّهُ رَدَّهَا سَالِمَةً إنْ أَقَرَّ بِالْفِعْلِ ، وإنْ أَكْرَاهَا لِمَكَّةَ ورَجَعَتْ بِحَالِهَا ، إلاَّ أَنَّهُ حَبَسَهَا عَنْ أَسْوَاقِهَا ، فَلَكَ قِيمَتُهَا يَوْمَ كِرَائِهِ ، ولَا كِرَاءَ

(و) تضمن (بـ) سبب انتفاع المودع بالفتح بها (كلبس الثوب وركوب الدابـة) إذا تلفت الشارحان ، هذا مستغنى عنه بقوله فيا سبق وبانتفاعه بها . تت قد يقال أعاده ليرتب عليه قوله (والقول له) أي المودع بالفتح بيمينه (انه) أي المودع بالفتح (ردها) أي الوديعة لمحلها بعد انتفاعه بها حال كونها (سالمة) من التلف والعيب ، ثم تلفت بعد ردها فلا يضمنها (إن) كان (أقر) المودع بالفتح (بالفعـل) أي لبس الثوب وركوب الدابة مثلاً . فإن أنكره وشهدت عليه بينة به فادعى أنه ردها سالمة فلا يقبل قوله. محمد اقر المستودع بالفتح بركوب الدابة ولبس الثوب وقال هلك بعد أن رددته فهو مصدق وهو قول أصحابنا .

ابن عرفة لو هلك ما لبسه المودع من ثوب أو] ركبه من دابة ففي تصديقه مع يمينه أنه هلك بعد رده إن ثبت بإقراره ، وإن أنكر وقامت عليه بينـة ضمن تضمينه مطلقاً إلا ببينة أنه نزل عنها وهي سليمة . ثالثها يضمن حتى يردها لمحمد قائـلاً هو قول أصحابنا وكتاب ابن سحنون وبعض اصحاب يونس .

(وإن كراها) أي المودع بالفتح الوديعة بلا إذن مودعها بالكسر لشخص يركبها أو يحمل عليها متاعاً (لمكة) المشرفة مثلاً فانتفع بها المكترى (ورجعت) الوديعة (بحالها) الذي كانت عليه سالمة (إلا أنه) أي اكراءها (حبسها) أي أخر الوديعة (عن) بيعها لو كانت حاضرة في (أسواقها) التي ارتفعت قيمتها فيها (فلك) يا مودع بالكسر (قيمتها) أي الوديعة معتبرة (يوم) عقد (كرائه) أي المودع بالفتح الوديعة إذ هـو يوم التعدي عليها (ف) إذا أخذت قيمتها يوم كرائها فـ (لا كراء) لك فهو للمودع بالفتح لأنـه قد تبين ملكه الوديعة يوم إكرائها (أو) لك (أخذه) أي كراء الوديعة الذي أكراها به المودع بالفتح (و) لك (أخذها) أي الوديعة مع كرائها .

أَوْ أَخْذُهُ وَأَخْذُهَا ، وَبِدَفْعِهَا مُدَّعِياً أَنَّكَ أَمَرْتَهُ بِــهِ ، وَحَلَفْتَ وَإِلاَّ حَلَفَ ، وَبَرِيءَ ، إِلاَّ بِبَيِّنَةٍ عَلَى ٱلآمِرِ ، وَرَجَعَ عَلَى ٱلْقَابِضِ،

«ق» فيها لابن القاسم ومن أودعته إبلا فاكراها إلى مكة ورجعت بحالها إلا أنه حبسها عن أسواقها ومنافعك بها فأنت مخير في تضمينه قيمتها يوم تعديه ولا كراء لك ، أو تأخذها وتأخذ كراءها وكذلك المستعير يزيد في المسافة أو المكترى .

(و) تضمن (بـ) سبب (دفعها) أي الوديعة من مودعها بالفتح لشخص غيرك حال كونه (مدعياً أنك) يا مودع بالكسر (امرته) أي مودعها بالفتح (به) أي دفع الوديعة لذلك الشخص وأنكرت ذلك (وحلفت) يا مودع أنك لم تأمر بـه (وإلا) وأي إن لم تحلف على عدم أمرك (حلف) المودع بالفتح أنك أمرته به (و) إن حلف (برىء) من ضمانها وإن لم يحلف ضمنها في كل حال (إلا بـ) شهادة (بينـة على الأمر) منك بدفعها لذلك الشخص ، هذا على ضبطه بالقصر وسكون الميم ، ويحتمل المد وكسر الميم فلا يضمنها المودع،وإذا غرم المودع بالفتح عوض الوديعة (رجع) المودع بالفتح (على القابض) بعوض ما غرمه إن شاء .

«ق» فيها لابن القاسم من أودعته وديعة فادعى أنك أمرته بدفعها إلى فلان ففعل وأنكرت أنت أن تكون امرته به فهو ضامن إلا أن تقوم بينة أنك امرته به . أشهب وسواء أودعته ببينة أو بغير بينة . سحنون ويحلف ربها ، فان نكل حلف المودع وبرىء وإن غرمها الدافع فله أن يرجع على الذي قبضها فيأخذها منه .

(تنبيهات)

الأول : لو مات المودع بالكسر وادعى المودع بالفتح أنه أمره بدفعها إلى فلان ودفعها لقبضها ، ويحلف الوارث على نفي علمه بأمره به .

الثاني : في كتاب صدقاتها لو دفعت في حال صحتك مالاً لمن يفرقه في سبيل الله تعالى أو في الفقراء، ثم مت أنت قبل إنفاذه،فان كنت أشهدت على ذلك فانه ينفذ ما فات وما

بقي من رأس المال ، وإن لم تشهد فالباقي لورثتك ولو فرق باقيه بعـد موتك ضمنه لوارثك . عياض معناه أن الورثة مقرون بذلك ولو نازعوه لضمن ما فرق ، وما بقي إن لم يشهد أن يحلف منهم من يدعى علمه بذلك ممن يظن بـه علمه بذلك . أبو الحسن أي نازعوه في أمر الميت به .

الثالث : اللخمي ليس على المودع بالفتح ان يسلم الوديعـة بامارة المودع بالكسر ولا بكتابة وإن اعترف المودع أنه خطه إلا أن يثبت الرسول عند الحاكم أنـه خط المودع . محمد لأن صاحب الحق ولو كان حاضراً لم يأخذها حتى يشهد له بها يبرأ به ، يريد ان من حقه الإبراء وإشهاده على القابض لأنه لا يبرأ اذا جحد المودع إلا ان يعترف المودع أنـه رضي لصاحبها بتسليمها بذلك او رضى الآن بتسليمها بذلك ، فيلزمه ما رضي به . وإن رضي ان يدفعها للرسول بغير أمارة ولا كتاب والوديعة عين والمودع موسر جاز ورضاه ولزمه ما الزم نفسه من ذلك . فان أنكر المودع ان يكون أرسله قام المودع بالمثل، فان لم تكن عيناً او المودع معسر لم يجز ورد رضاه ،لأن في ذلك ضرراً على صاحبها ان قال لم أبعث الا ان يكون الرسول ثقة مأموناً ممن يغلب على الظن صدقه فيمكن من قبضها ، ويلزم الآخر ما رضي به .

الرابع : اذا رفع المودع الوديعة لغير المودع بأمارة او كتاب بلا ثبوت او بمجرد قول الرسول ، ثم قدم المودع وأنكر بعثه فالقول قوله بيمينه انه لم يبعثه ولم يكتبه ثم يكون بالخيار بين ان يغرم الرسول او المودع . فان أغرم الرسول فـلا يرجع بها على المودع . واختلف اذا أغرمها المودع هل يرجع بها على الرسول فقال ابن القاسم في المدونة اذا صدق الرسول ودفع اليه ثم قدم المودع وأنكر وأغرم المودع كان له ان يرجع بها على الرسول. وقال أشهب في مدونته لا يرجع بها . وقال ابن المواز اذا دفـع بالكتاب او بامارة ثم انكر المودع وحلف ثم اغرم المودع كان له ان يرجـع على القابض ، وعلى قول اشهب لا يرجع عليه . وإن قال المودع امرتني ان ادفعها الى فلان صدقة عليه وانكر صاحبها ذلك وان يكون أذن له في اخراجها من يده فالقول قوله بيمينه ثم يغرمها ايهما شاء، فان

وإنْ بَعَثْتَ إلَيْهِ بِمَالٍ ، فَقَالَ تَصَدَّقْتَ بِهِ عَلَيَّ وأنْكَرْتَ ؛
فَالرَّسُولُ شَاهِدٌ ،

رجع على متلفها فلا يرجع بها على الرسول ، واختلف اذا رجع بها صاحبها على الرسول هل يرجع الرسول على من قبضها منه ، فعلى قول اشهب لا يرجع عليه. وقال عبد الملك يرجع وأرى الرجوع في هذه الأسئلة الأربعة مفترقاً فيسقط رجوعه في كل موضع يعترف فيه المودع بأن القابض قبض صحيحاً بأن دفع له بخط المودع او امارته ، او يقول له ادفعها له صدقة عليه ، وان كان دفعها له بمجرد قوله ارسلني اليك فيرجع عليه لأنه يقول حملت قوله على ان المودع مصدق له ، ولو علمت انه يخالفك ما دفعتها اليك .

الخامس : في المسائل الملقوطة لا يجوز للمودع دفع الوديعة بأمارة او بكتابه ، فإن فعل وجاء المودع وأنكر حلف ما أمره ولا كتب اليه بذلك وأنه لا حق له عليه وغرمه مثلها او قيمتها ، ثم يرجع المودع على القابض منه ولا يمنعه منه تصديقه فيما أتى به ولا معرفته بصحة ما جاء به وشهادته بذلك قاله ابن سهل ا هـ ، وذكرها في موضع آخر ، ثم قال وكذا المحال عليه والوكيل ولا يجبرون على الدفع إلا ببينة على المرسل .

السادس : يجب على المودع حفظ الوديعة من التلف ولو أذن له ربها فيه ويضمنها إن أتلفها . ابن سلمون في كتاب الاستغناء إن قال ربها للمودع القها في البحر او في النار ففعل فهو ضامن للنهي عن إضاعة المال كمن قال لرجل اقتلني او ولدي ولا شك في الحرمة . وأما الضمان ففيه نظر ، والظاهر دخول الخلاف فيه لإذن المالك في ذلك كمن أذن لرجل في قطع يده .

(وإن بعثت اليه) أي المبعوث اليه المفهوم من بعثت (بمال) وقبضه من الرسول ثم اختلفتما (فقال) المبعوث اليه المال (تصدقت) يا باعث (به) أي المال (علي) بشد الياء (وأنكرت) يا باعث التصدق به عليه ، وقلت بسل هي وديعة تحفظها لي وآخذها منك متى شئت (فالرسول) المبعوث معه المال (شاهد) بينكما إما بالصدقة او الوديعة ، فإن شهد بالصدقة حلف عليها المبعوث اليه وتمت له ، فان نكل فالقول للباعث بلا يمين

وَهَلْ مُطْلَقاً ؟ أَوْ إِنْ كَانَ ٱلْمَالُ بِيَدِهِ ؟ تَأْوِيلاَنِ ،

لتمسكه بالأصل ونكول المبعوث اليه ، وإن شهد بأنه وديعة أخذه الباعث بـلا يمين لشهادة الرسول له وتمسكه بالأصل، وهو قبول قول المالك في إخراج ماله على وجه خاص وعدم الصدقة ، وإن قال الرسول لا أدري فالقول لرب المـال أيضاً لكن بيمينه لأن الاصل كشاهد واحد .

(و) إن شهد الرسول بأنها صدقة فـ (هل) تقبل شهادته قبولاً (مطلقاً) عن التقييد ببقاء المال بيد المبعوث اليه لعدم تعديه بإقرار رب المال بأمره بدفعه للمبعوث اليه، وهو ظاهر المدونة (أو) إنما تقبل شهادته بالصدقة (إن كان المال) باقياً (بيده) أي المرسل اليه وأولى بيد الرسول لعدم إتهامه حينئذ بخوف الغرم فان لم يبق المال بيد أحدهما فـلا تقبل شهادته بالصدقة لاتهامه بخوف غرمه ، وهـذا تأويل ابن أبي زيد في الجواب (تأويلان) فمحلهما إذا لم يكن المال بيده ولم تقم على دفعه بينة والمبعوث اليـه معدم ، فإن كان بيده أو بيد المبعوث اليه أو قامت له بينة على الدفع قبلت شهادته بهـا اتفاقاً لا نتفاء اتهامه .

«ق» فيها لمالك «رض» وإن بعثت الى رجل بمال فقال تصدقت به علي وصدقه الرسول وأنت منكر للصدقة وتقول بل هو إيداع فالرسول شاهد لـه يحلف معه المبعوث اليه ويكون المال صدقـة عليه . قيـل لمالك «رض» كيف يحلف ولم يحضر ، قال كما يحلف الصبي مع شاهده في دين أبيه . ابن يونس وقال أشهب لا تجوز شهادته لأنه يدفع عن نفسه الضمان أبو محمد أراد إذا كان المتصدق عليه عديماً قد أتلف المال ولا بينة للرسول عـلى الدفع اليه ، فأما وهو ملى حاضر فشهادته جائزة مع يمين المشهود له ، وكذلك إن قامت للرسول بينة بالدفع في عدم المشهود له .

ابن يونس وعلى هذا التأويل فقول أشهب موافق لقول ابن القاسم ، وكذلك علل أبو محمد قول ابن القاسم وعلل غيره قول أشهب بأنه إنما لم تجز شهادته لأنه دفع دفعاً لم يؤمر به ، وذلك أن الآمر إنما أمره أن يدفع على جهة إيداعه فدفع هو على جهة التمليك فـلا تجوز شهادته ولا يؤخذ الآمر بغير ما أقر به من الدفع على وجه الايداع، قال وابن القاسم

إنما اجاز شهادته لأنه أذن له في الدفع فدفع والمال حاضر لم يستهلك بدفعه على جهة التمليك .

(تنبيهات)

الأول : تمت هذان التأويلان ليسا كعادته ، بل عادته في مثل هذا أن يقول وهل خلاف أو وفاق تأويلان .

الثاني : عياض ظاهر المدونة جواز شهادته بكل حال ، وعلى هذا تأولها القاضي اسماعيل وهو قول عبد الله بن عبد الحكم لأنه لم يتعمد لاقرار ربها أنه أمره بالدفع إلى من ذكر . وذهب سحنون إلى أن معنى ذلك أن المال في يد الرسول بعد لم يدفعه ، أو أنهما حاضران والمال حاضر ، ولو أنفقه المبعوث اليه لم تجز شهادة الرسول لأنه يسقط الضمان عن نفسه . وقال أشهب لا تجوز شهادة الرسول لأنه يدفع عن نفسه الضمان . وتأول أبو محمد قول أشهب بقريب من قول سحنون بأن المتصدق عليه عديم وقد أتلف المال ولا بينة للرسول على الدفع . وأما وهو ملي أو قامت للرسول بينة على الدفع فشهادته جائزة ، وجعل بعضهم قول ابن القاسم وأشهب وفاقاً على نحو ما ذهب اليه سحنون ، وتأوله ابن أبي زيد وهو مفهوم كتاب محمد .

الثالث : أبو الحسن انظر جعله يحلف هنا ، وهل هي يمين غموس ، أو إنما يحلف إذا تحقق ذلك عنده أو غلب على ظنه ، واختلف في الحلف على غلبة الظن على قولين ذكرهما اللخمي في كتاب الشهادات .

الرابع : فيها من اودعك مالاً وقال تصدق به على فلان او اقر له به حلف فلان مع شهادتك واستحقه إن كان حاضراً، او إن كان غائباً فلا تجوز شهادتك له إلا كانت غيبته تنتفع أنت في مثلها . أبو الحسن فإن كانت غيبته لا تنتفع في مثلها فتجوز الشهادة لارتفاع التهمة . عبد الحق سألت بعض شيوخنا فقلت أرأيت إن قال المودع بالفتسبح السلطان خذها من يدي لا اريد إمساكها ، فقال إن كان قال ذلك حين أتى يشهد بأن قال الحاكم أودعني فلان كذا وكذا ، وقال تصدق به على فلان الغائب فشهادته جائزة ، وإن شهد ولم

وَبِدَعْوَى الرَّدِّ عَلَى وَارِثِكَ ، أَوِ الْمُرْسَلِ إِلَيْهِ الْمُنْكِرِ :

يذكر ذلك ثم أتى بقوله هذا فيتهم أن يكون قاله لينفي الظنة عنه التي قد ابطلت شهادته . أبو الحسن فلو قدم الغائب وأراد أن يقوم بشهادته . قاله ابن شعبان لا تقبل لأنها قد ردت .

(و) تضمن (بدعوى الرد) من المودع بالفتح للوديعة (على وارثك) يا مودع اليه تنازع فيه دعوى والرد ، لأن الوارث لم يدفعها للمودع ولم يأتمنه عليها . ابن شاس أما دعواه الرد على غير من ائتمنه كدعوى الرد على وارث المالك او وكيله فلا تقبل إلا ببينة ، وكذلك دعوى وارث المودع ردها على المالك تفتقر إلى البينة ايضاً ، وسواء كان القبض في جميع هذه الصور ببينة او بغير بينة . وفي الموازية إن قال المودع أو العامل رددت المال لوصي الوارث لموت ربه فلا يصدقان إلا ببينة أو إقرار الوصي ، ولو كان قبضها بغير بينة لأنه دفعها إلى غير من قبضها منه . ابن الحاجب ولو ادعى الرد على الوارث فلا يقبل ، وكذا دعوى وارث المودع الرد او على المودع أو على وارثه لأنهما لم يأتمناه كاليتيم . ابن عبد السلام فأحرى إذا مات المودع والمودع وادعى وارث المودع ردها إلى وارث المودع .

(او) اي وتضمن بدعوى الدفع إلى (المرسل اليه المنكر) بضم الميم فيهما وكسر سين الأول وكاف الثاني فيها إن دفعت اليه مالاً ليدفعه إلى رجل فقال دفعته اليه وأنكر ذلك الرجل ، فإن لم يأت الدافع ببينة تشهد عليه ضمن ذلك ، سواء قبض ذلك منه ببينة او بغير بينة . ولو شرط الرسول ان يدفع المال إلى من أمرته بدفعه له بلا بينة فلا يضمن ، وإن لم تقم له بينة بالدفع إذا ثبت هذا الشرط . ابو الحسن مفهوم المنكر لو اقر المرسل اليه لبرىء الدافع ، وفيها ايضاً من بعث معه بمال ليدفعه إلى فلان صدقة او صلة او سلفاً او ثمن مبيع او ليبتاع لك به سلعة فقال دفعته له وكذبه الرجل فلا يبرأ الرسول إلا ببينة . أبو الحسن مفهوم قوله كذبه انه لو صدقه لبرىء وظاهره يعم جميع الصور وذكر فيها السلف ، وفيه انتقال من أمانة الى ذمة ، فان كان قائم الذمة فلا اشكال انه يبرأ وان كان خرب الذمة فعلى ما تقدم. واما الصلة او ثمن السلعة فلا اشكال انه يبرأ بتصديقه .

وفي المقدمات من دفع الأمانة الى غير اليد التي دفعتها اليه فعليه الاشهاد الذي على ولي اليتيم ، فان لم يشهد فلا يصدق في الدفع اذا انكره القابض ولم احفظ في هذا الوجه نص خلاف الأقوال. ابن الماجشون فيمن بعث ببضاعة مع رجل إلى رجل أنه لا يلزمه الإشهاد في دفعها اليه ، ويصدق ، وإن أنكره القابض كان دينا أو صلة ويمكن أن يقول ابن القاسم مثله بالمعنى من مسألة اللؤلؤ في كتاب الوكالات ، فإن أقر بالقبض وادعى التلف فلا يخلو إما أن يكون قبض إلى ذمة أو إلى أمانة ، فإن كان قبضاً إلى أمانة فاختلف فيه قول ابن القاسم فقال مرة يبرأ الدافع بتصديق القابض والمصيبة من الآمر ، وقال مرة لا يبرأ الدافع إلا باقامة بينة على الدفع ، او إتيان القابض بالمال ، وقاله مالك رضي الله تعالى عنه في الموازية .

وأما إن كان قبض إلى ذمة مثل قوله له إدفع الوديعة التي عندك إلى فلان سلفاً أو تسليفاً في سلمة أو إلى صانع يعمل فيها عملا ، فإن كانت الذمة خربة فاختلف فيه فقيل يبرأ الدافع بتصديق القابض وهي رواية عيسى عن ابن القاسم . وقيل لا يبرأ بتصديقه إياه لخراب ذمته . وإما إن دفع ما ثبت في الذمة ، فإن دفعه إلى أمانة فإنه لا يبرأ بتصديق القابض إذا ادعى التلف ولا يبرأ إلا بإقامة البينة على معاينة الدفع أو إتيان قابض المال به ، هذا نص ما في المدونة ، ولم أعرف فيه خلافاً إلا أن يدخله الخلاف بالقياس على الأمانة ، وإن دفع إلى ذمة فإن كانت قائمة فانه يبرأ بتصديق القابض بالاتفاق ، وإن كانت خربة فانه لا يبرأ بتصديق القابض إذا ادعى التلف إلا أن يقيم بينة على الدفع ، هذا الذي يصح عندي على مذاهبهم ، ولم أعرف فيها نص خلاف إلا أن يدخلها الخلاف بالقياس على الأمانة فهي أربعة وجوه دفع من ذمة إلى ذمة ، ومن أمانة إلى أمانة ، ومن امانة إلى ذمة ، ومن ذمة إلى امانة اه .

وقوله إذا دفع من ذمة إلى أمانة لا يبرأ بتصديق القابض إن ادعى التلف ، أراد والله أعلم في غير الوكيل المفوض . ابن الحاجب أما لو لم يمت وأكذبه فلا يصدق إلا ببينة ولو صدقه المرسل اليه . ابن عبد السلام أراد لو لم يمت الرسول ودفع الوديعة إلى من أمره ربها

يدفعها اليه وضاعت وأنكر ربها دفعها فلا يصدق في دفعها اليه إلا ببينة على معاينة الدفع ، فان لم يقمها ضمن ولو صدقه المرسل اليه في قبضها منه اه .

فقول المصنف المنكر مفهومه أنه إن لم ينكر لا يضمن ، وكأنه اعتمد ما تقدم عن المدونة وما نسبه ابن رشد فيها لابن القاسم وترك ما مشى عليه ابن الحاجب لقوة الأول .

(تنبيهات)

الأول : في إطلاق المصنف الرد في هذه المسألة على الايصال مسامحة ، وإنما فيها دعوى الايصال .

الثاني : عبد الحق اذا شرط الرسول أن لا يشهد على الدفع ينفعه ، وان شرط أن لا يمين عليه فلا ينفعه ، لأنها انما ينظر فيها حين وجوب توجهها فكأنه شرط سقوط أمر لم يجب بعد ، بخلاف شرطه ترك الاشهاد وذكره ابن حبيب فيما أراه .

الثالث : اطلاق المصنف هنا الضمان بترك الاشهاد هو المشهور ، ومقابله ان كان العرف عدمه صدق المودع .

الرابع : تصديق رب المال لا يسقط الضمان بترك الاشهاد .

الخامس : فيها ان أمرته بصدقة على قوم معينين فصدقه بعضهم وكذبه بعضهم ضمن حصة من كذبه ولو أمرته بصدقة على غير معينين صدق بيمينه وان لم يأت ببينة : ابن يونس أراد اذا كان متهماً ، ونقله أبو الحسن .

وشبه في الضمان فقال (ك) دعوى المودع بالفتح رد الوديعة (عليك) يا مودع فلا تقبل ويضمنها (ان كانت له) أي المودع بالكسر (ببينة) شاهدة على الدفع للمودع بالفتح (مقصودة) للتوثق على المودع خوفاً من دعواه ردها ، فلم يأتمنه فيه ، فان ادعى ضياعها صدق قاله الامام مالك رضي الله تعالى عنه وجميع أصحابه لائتمانه على حفظها . ومفهوم الشرط أنه ان قبضها بلا بينة أو ببينة غير مقصودة أو مقصودة لغير التوثق

وادعي ردها فيصدق فيه . « ق » فيها ومن بيده وديعة أو اقراض الرجل فقال له رددته اليك فهو مصدق الا أن يكون قبض ذلك ببينة فلا يبرأ الا ببينة ، ولو قبضه ببينة فقال ضاع مني أو سرق صدق .

ابن رشد الأمانات التي بين المخلوقين أمر الله تعالى بالتقوى فيها والأداء ولم يأمرهم بالاشهاد عليه ، كما أمر الوصي في مال اليتيم ، فدل ذلك على أنهم مؤتمنون في الرد الى من ائتمنهم دون اشهاد فوجب أن يصدق المستودع بالفتح في دعواه رد الوديعة بيمينه ان أكذبه المودع كما تصدق المرأة فيما ائتمنها الله تعالى عليه مما خلق في رحمها من الحيضة والحمل الا أن يكون دفعها اليه باشهاد فيتبين أنه انما ائتمنه على حفظها ولم يأتمنه على ردها فيصدق في الضياع الذي ائتمنه عليه ولا يصدق في الرد الذي استوثق منه ولم يأتمنه عليه ، هذا قول مالك وجميع أصحابه رضي الله تعالى عنهم .

ابن عرفة قيد اللخمي وعبد الحق والصقلي البينة بأنها قصد بها التوثق . عبد الحق من أخذ وديعة بحضرة قوم لم يقصد اشهادهم عليه فهو مصدق في الرد ، وليس كمن أخذها ببينة قصد اشهادها عليه ، وكذا ان أقر المودع عند بينة أنه قبض وديعة من فلان ، وفي الحكام اذا كانت الوديعة ببينة فادعى المودع ردها فعليه البينة والا ضمن بعد يمين ربها ولربها رد اليمين على المودع . وفي الوثائق المجموعة ان زعم المستودع عند المشهود عليه بالوديعة أنه ردها لربها فعليه البينة ولا يبرئه قوله وله اليمين على ربها ، فان حلف أنه لم يقبضها غرمها المودع عنده ، وان نكل ربها عن اليمين ردت اليمين على المودع ، فان حلف برىء ، وان نكل غرم .

(تنبيه)

يشترط علم المودع بالفتح بقصد المودع بالكسر بالبينة التوثق . أبو الحسن قولها الا أن يكون قبضه ببينة ظاهرة ، وان كانت بينة الاسترعاء وليس كذلك وأبو محمد هو الذي حرر هذا اللفظ في رسالته بقوله الا أن يكون قبضها باشهاد . ابن يونس من أخذ

الوديعة بمحضر قوم ولم يقصد اشهادهم عليه فهو كقبضها بلا بينة حتى يقصد الاشهاد على نفسه . اللخمي ان كان القبض ببينة ليكون الرد ببينة فلا يقبل قوله الا ببينة ،وان كان الاشهاد خوف الموت ليأخذها من تركته أو قال المودع أخاف أن تقول هي سلف فاشهد لي أنها وديعة وما أشبه ذلك مما يعلم أنه لم يقصد التوثق من القابض ، فالقول قوله في ردها بلا بينة ، ولو تبرع المودع بالاشهاد على نفسه فقال ابن زرب لا يبرأ إلاباشهاد لأنه الزم نفسه حكم الاشهاد ، وقال عبد الملك هو مصدق .

(لا) تضمن (بدعوى) المودع بالفتح (التلف) للوديعة ولو قبضها ببينة مقصودة للتوثق (أو) دعوى (عدم العلم) من المودع بالفتح (ب) ما حصل للوديعة من (التلف أو الضياع) أي لا يضمنها إذا ادعى أنه لا يعلم هل تلفت أو ضاعت لكفاية دعوى كل منهما في عدم الضمان ، وحمله الشارح على معنى أنه قال لا أدري أتلفت أم رددتها أو لا أدري أضاعت أم رددتها . واحتاج لتقييده عدم ضمانه بها إذا لم يقبضها ببينة مقصودة للتوثق ، وقرره البساطي بالوجهين السابقين ، وقيد عدم الضمان في الثاني بعدم بينة التوثق أفاده تت .

« ق » في نوازل أصبغ لو قال لمودعها ما أدرى أرددتها اليك أم تلفت فلا يضمنها الا أن يكون انما أودعه اياها ببينة فلا يبرأ الا بها . ابن رشد ويحلف ما هي عنده ولقد دفعها اليه أو تلفت .طفي ما حمله الشارح عليه هو الموافق للنقل اذ المسألةمفروضة كذلك، ولذا قال « ح » الصواب وعدم العلم بالرد وهو الموافق لكلام ابن الحاجب .

(وحلف) المودع بالفتح (المتهم) بفتح الهاء أي بالتساهل في حفظ الوديعة اذا ادعى ردها حيث تقبل منه ، أو ادعى عدم العلم بالرد أو الضياع . وظاهر كلام المصنف أن غير المتهم لا يحلف والمنقول أنه يحلف في دعوى الرد بلا نزاع لأنه تحقق عليه الدعوى وفى دعوى التلف أو الضياع مشهورها يحلف المتهم دون غيره، ويحتمل أن هذا مراد المصنف لتعبيه به ، لكنه على هذا يفوته حكم اليمين في دعوى الرد قاله البساطي . تت فيه

نظر ، بل حلف المتهم متفق عليه في دعوى الرد، وفي دعوى التلف على المشهور،وقول الشارح في الوسط دعوى الرد موضع الخلاف والتلف موضوع الإتفاق سبق قلم ، ولذا أصلح في بعض نسخه .

طفي ليس المراد به من شأنه التساهل في حفظ الوديعة ، بل الذي لم تحقق عليه الدعوى ، وليس إلا مجرد التهمة مع كونه غير معرف بالخير والصلاح ، وقوله وفيه نظر، بل حلف المتهم متفق عليه إلى آخر ما قاله البساطي هو الصواب لحكاية صاحب البيان[1] وابن عرفة وغيرهما الإتفـــاق على الحلف في دعوى الرد ، وأطلقوا سواء كان متهماً أم لا ، واعترضت عبارة ابن الحاجب وبينه في التوضيح . « ق » فيها لمالك «رض» لو قبضه أي الوديعة أو القراض ببينة فقال ضاع مني صدق أراد ولا يمين عليه إلا أن يتهم فيحلف أبو محمد وقال أصحاب مالك رضي الله عنهم . ابن عبد الحكم وإن نكل المتهم عن اليمين ضمن ولا ترد اليمين هاهنا .

ابن يونس الفرق بين دعوى الرد ودعواه الضياع على أحد القولين أن رب الوديعـة في دعوى الرد يدعي يقيناً أنه كاذب فيحلف متهماً كان أو غير متهم . وفي دعوى الضياع لا علم له بحقيقة دعواه ، وإنما هو معلوم من جهة المودع فلا يحلف إلا إذا كان متهماً،وهذا هو الصواب . « ح » هذا إذا ادعى التلف ولم يحقق ربها عليه الدعوى أنها باقية ، ثم قال فإن نكل غرم ولا ترد اليمين ، وأما في دعوى الرد فيحلف باتفاق . ابن عرفـة وحيث قبل قوله في الرد فلا خلاف أنـه بيمين ، واعترض على ابن الحاجب في حكايته الخلاف في ذلك وباشتمال كتابه على مثل هـــذا كان محققو شيوخنا ينكرون كتاب ابن الحاجب

(1) (قوله لحكاية صاحب البيان الخ) علة ما قاله البساطي هو الصواب . أقول هذا ظاهر على تفسير البساطي المتهم بالمتساهل في حفظ الوديعة . أما على تفسيره طفي بمن لم تحقق عليه الدعوى وليس إلا مجرد التهمة فلا يظهر ، إذ لا وجه لتحليف من صدقه ربهـا في دعواه الرد ، والله سبحانة وتعالى أعلم .

الفقهي [1] والله أعلم .

(و)إن شرط المودع بالفتح حين الإيداع أنه يصدق في دعوى الرد أو التلف بلا يمين (لم يفده) أي المودع بالفتح (شرط نفيها) أي اليمين . « ق » فيها من دفعت له مالاً ليدفعه لرجل لم يبرأ إلا ببينة . عبد الحق ولو شرط أن لا يمين عليه لم ينفعه شرطه ، لأن اليمين إنما ينظر فيها حين توجهها فكأنه شرط إسقاط أمر لم يكن بعد ، بخلاف شرطه دفعه بلا بينة ، فلا يضمن اذا لم تقم له بينة . ابن عرفة انظر هذا مع القول بالوفاءبشرط التصديق في دعوى عدم القضاء . « ق » وعلى هذا قرب الوديعة يدعى يقيناً كما تقدم لابن يونس ، فقد تبين بهذا أن قوله ولم يفده شرط نفيها ليس راجعاً لقوله ، وحلف المتهم ، وقد تقدمت الإشارة لهذا عند قوله أو المرسل اليه المنكر وتلزمه فإن حلف صدق فـ (إن نكل) المتهم عن اليمين (حلفت) يامودع بالكسر أنها باقية عند المودع ويغرمها لك المتهم على المشهور قاله تت .

---

(1) (قوله الفقهي) أي المؤلف في الفقه ، احترز به عن مختصره الأصولي وغيره من مختصراته . ونص ابن عرفة قال ابن الحاجب وفي يمينه ثالثها المشهور يحلف المودع . قلت قرره ابن عبد السلام وغيره بأن الأول أنه يحلف ولا يغرم ، والثاني أنه يغرم بنكوله دون حلف رب الوديعة . والثالث أنه لا يغرم حتى يحلف رب الوديعة . قلت وجود الأقوال الثلاثة في دعوى التلف واضح . الأول بناء على عدم توجه يمين التهمة . والثاني على توجهها وعدم انقلابها . والثالث على انقلابها . وأما دعوى الرد فقد تقدم تحقيق المذهب في ذلك ، وحيث يقبل قوله فلا خلاف أنه بيمين ولا في انقلابها إن نكل. وظاهر كلام ابن الحاجب أن في حلفه في دعوى الرد قولين أشهرهما حلفه ، وأنه إن نكل ففي غرمه دون حلف رب الوديعة قولان ، وقول ابن هارون في نقل ابن الحاجب هذا الخلاف في دعو الرد مما انفرد به أصوب ، وباشتمال كتابه على مثل هذا كان محققو شيوخنا ينكرون كتاب ابن الحاجب الفقهي .

« ق » هذا مخالف لنقل ابن يونس عن ابن عبد الحكم إن نكل المتهم فلا ترد اليمين وما نقل غيره . وقال ابن رشد الأظهر أن تلحق اليمين إذا قويت التهمة وتسقط إذا ضعفت وأن لا ترجع إذا لحقت انظر ابن عرفة ، ونصه وفيها مع غيرها دعوى قابضيها بغير بينة ردها مقبولة مع يمينه . اللخمي يحلف ولو مأموناً لدعوى ربها عليه التحقيق أنه لم يردها إلا أن تطول المدة بما يعلم أن المودع لا يستغني عنها فيه لما علم من قلة ذات يده أو تمر عليه عشرة فتضعف اليمين إن كان المودع عدلاً ، ونقل ابن الحاجب عدم حلفه مطلقاً لا أعرفه ، ولو صح كانت الأقوال ثلاثة هو واختيار اللخمي ، ومنصوص المذهب ودعواه ضياعها فيها مع غيرها مقبولة ولو قبضها ببينة وفي لزوم حلفه ، ثالثها إن كان متهماً ثم قال وقول ابن الحاجب المتهم يحلف باتفاق خلاف نقل اللخمي عدم حلفه مطلقاً ، قال لأنه أمنه ، ولما حكى الأول قال إلا أن يبين رجل بالصلاح والخير . وعبر عن الثالث بقوله وقيل يحلف إلا أن يكون عدلا .

الشيخ عن ابن عبد الحكم إن نكل ضمن ولا ترد اليمين هنا على ربها ، ولابن زرقون اختلف في تعلق اليمين بمجرد التهمة ، ففي تضمين الصناع والشركة تعلقها ، وهو قول ابن القاسم في غيرها . أشهب لا تتعلق . قلت في آخر كلام ابن رشد في أجوبته الأظهر أن تلحق إذا قويت التهمة وتسقط إذا ضعفت وأن لا ترجع إذا لحقت . وفي سماع عيسى أن اليمين ترد في التهمة ، والخلاف في ردها وفي لحوقها ابتداء مشهور . ابن الحاجب وفي يمينه ثالثها المشهور يحلف المودع وقرره ابن عبد السلام وغيره بأن الأول أنه يحلف ولا يغرم ، والثاني أنه يغرم بنكوله دون حلف رب الوديعة ، والثالث أنه لا يغرم حتى يحلف رب الوديعة .

قلت وجود الأقوال الثلاثة في دعوى التلف واضح ، الأول بناء على عدم توجه يمين التهمة والثاني على توجهها وعدم انقلابها ، والثالث على انقلابها . وأما في دعوى الرد فقد تقدم تحقيق المذهب في ذلك ، وحيث يقبل قوله لا خلاف أنه بيمين ولا في انقلابها إن نكل . وظاهر كلام ابن الحاجب أن في حلفه في دعوى الرد قولين أشهرهما حلفه ، وأنه

وَلاَ إِنْ شَرَطَ الدَّفْعَ لِلْمُرْسَلِ إِلَيْهِ بِلاَ بَيِّنَةٍ ، وَبِقَوْلِهِ: تَلِفَتْ قَبْلَ أَنْ تَلْقَانِي بَعْدَ مَنْعِهِ دَفْعَهَا كَقَوْلِهِ بَعْدَهُ بِلاَ عُذْرٍ ،

إن نكل ففي غرمه دون حلف رب الوديعة قولان. وقول ابن عبد السلام في شرح العبارة التي ذكرها ابن الحاجب ، وهذا الخلاف موجود في يمين التهمة ، ظاهره قبولها وقول ابن هارون في نقل ابن الحاجب هـــذا الخلاف في دعوى الرد مما انفرد به أصوب ، وباشتمال كتابه على مثل هذا كان محققو شيوخنا ينكرون كتاب ابن الحاجب الفقهي والله أعلم .

(و)إن أرسل رجل بمال إلى آخر وسلمه له بلا بينة وأنكر استلامه منه ف(لا) ضمان على الرسول (إن) كان (شرط) الرسول على من أرسله بالمال حين إرساله(الدفع ل)لمشخص ا(لمرسل) بفتح السين (اليه بلا) إشهاد (بينة) عليه إذا ثبت الشرط بإقرار المرسل أو بينة . قال الإمام مالك «رض» لو شرط الرسول أن يدفع المال بغير بينة فلا يضمن لقول رسول الله ﷺ المؤمنين عند شروطهم .

(و)تضمن (بقوله) أي المودع بالفتح للمودع بالكسر (تلفت) بكسر اللام الوديعة (قبل أن تلقاني) بفتح فسكون أي قبل لقيك إياي بالأمس مثلاً ، وصلة قوله (بعـــد منعه) أي المودع بالفتح(دفعها) أي الوديعة للمودع بالكسر لعذر أبداه لربها أولى بلا عذر. روى أصبغ عن ابن القاسم فيمن له عند رجل مال وديعة فطلبه منه فاعتذر بشغل وأنه يركب إلى موضع كذا فلم يقبل عذره فتصايحا فحلف أن لا يعطيه تلك الليلة ، فلمـا كان في غد قال ذهبت قبل أن تلقاني ضمن ، لأنه أقر بهـــا . وإن قال لا أدري متى ذهبت حلف ولا ضمان عليه . أصبغ ويحلف ما علم بذهابها حين منعه . وشبه في الضمان فقال (كقوله) أي المودع بالفتح تلفت (بعـده) أي لقيك إياي فيضمنها إن كان منعهـــا (بلا عذر) فان كان منعها لعذر فتلفت فلا يضمنها. ابن يونس ابن القاسم إن قال ذهبت بعدما حلفت وفارقتك ضمنها لأنه منعها إياه إلا أن يكون كان على أمر لا يستطيع فيه الرجوع وفيه عليه ضرر فلا يضمنها . ابن عبد الحكم إذا قال أنا مشغول الى عذر فرجع اليـــه فقال تلفت قبل مجيئك الأول أو بعده فلا ضمان عليه ، وكذلك لو قال لا أدفعها إلا بالسلطان

لاَ إِنْ قَالَ : لاَ أَدْرِي مَتَى تَلِفَتْ ، وبِمَنْعِهَا حَتَّى يَأْتِيَ ٱلْحَاكِمَ إِنْ لَمْ تَكُنْ بَيِّنَةٌ ،

فلا ضمان عليه ، لأن له في ذلك عذراً يقول خفت شغبه وأذاه (لا) يضمن (إن قال) المودع بالفتح بعد منعها (لا أدري) جواب (متى تلفت) الوديعة قبل لقيك أو بعده وحلف على عدم علمه حملاً على أنها تلفت قبله ولم يعلم أوحاله اذ الأصل عدم ضمانها .

(و)تضمن (ب)سبب (منع) المودع بالفتح دفعـ(ها) لمودعها عند طلبها (حتى يأتي) المودع بالفتح (الحاكم) أو هو فاعل يأتي اذا كان عند طلبها غائباً عن البلد ، وتلفت قبل اتيانه فيضمنها (ان لم تكن) الوديعة مقبوضة (ببينة) شاهدة بقبضها للتوثق ، لأن القول قوله في ردها حينئذ فليس له منعها حتى يأتي الحاكم . ومفهوم الشرط أنـــه ان قبضها ببينة مقصودة للتوثق ، ومنعها بعد طلبها حتى يأتي الحاكم فتلفت قبل اتيانه فلا يضمنها لعذره بعدم تصديقه في ردها بلا بينة . البساطي هل للحاكم خصوصية حتى لو وجد بينة يشهدها بالرد وامتنع منه حتى يأتي الحاكم فيعذر أو المقصود ما يبريـــه ولا خصوصية للحاكم ، فإن منعها مع وجود البينة فتلفت قبل اتيان الحكم فيضمنها .

تت في تعليل بعض الأقوال ما يدل على خصوصية الحاكم لأنه يقول أخاف أن يطرأ عليه سفه أو نحوه . « ق » ابن رشد لو أبى من دفعهـــا الا بالسلطان فهلكت في زمن ترافعهما ، ففي ضمانه فيها، وفي الرهن وان كان قبضها ببينة ونفياً وان كان بغيرها . ثالثها ان كان بغير بينة لابن دحون وابن عبد الحكم وسماع أبي زيد ونصه سمع أبو زيد ابن القاسم في رب الوديعة يطلبها والراهن يطلب فكاكه فيأبى الذي ذلك في يده أن يدفعه حتى يأتي السلطان فيقضى عليه بدفعه فهلك ذلك قبل القضية، وبعد طلب أربابه قال ان كان دفع اليه بلا بينة فهو ضامن .

ابن حارث اتفقوا اذا طلبه بوديعة له عنده وهي بحيث يمد يده اليها بلا مؤنة فامتنع من دفعها أنه يضمنها ان هلكت . واختلف اذا كان الأمر فوق ذلك فقال ابن القاسم في العتبية ان كان له عذر وعليه ضرر في رجوعه معه فلا ضمان، وإن لم يكن له عذر ضمنها .

لاَ إنْ قَالَ ضَاعَتْ مُنْذُ سِنِينَ ، وكُنْتُ أرْجُوهَا ، ولَوْ حَضَرَ صَاحِبُهَا كَالْقِرَاضِ ، ولَيْسَ لَهُ الأَخْذُ مِنْهَا لِمَنْ ظَلَمَهُ بِمِثْلِهَا ،

وقال أصبغ قد يعوق الرجل العائق الذي لا يظهر وللناس أعذار باطنة فلا ضمان عليه ، ويحلف ويبرأ .

(لا) تضمن (ان قال) المودع بالفتح عند طلبها منه (ضاعت من) مدة (سنين) مضت (وكنت أرجو) عود (ها) فلايضمنهاان لم يضمنهاصاحبها، بل (ولوحضرصاحبها) ولم يخبره بضياعها . ابن عرفة وسمع أصبغ ابن القاسم من طلب برد وديعة فقال ضاعت منذ سنين وكنت أرجوها وأطلبها وشبهه ، ولم يسمع ذلك منه وربها حاضر لم يذكر ذلك له فلا يضمنها الا أن يكون طلبها منه فأقر بها ثم قال ضاعت منذ سنين فيضمنها والقراض مثلها . أصبغ إن لم يعرف منه طلب ولا ذكر لربها ولا لغيره ولا مصيبة تطرق فهو ضامن اذا طال جداً وادعى أمراً قريباً لا ذكر له . ابن رشد قول ابن القاسم أظهر ، لأن الأصل براءة الذمة وهو قول محمد بن عبد الحكم . وقال أصحابنا قالوا ان سمع ذلك منه قبل الوقت الذي طلبت فيه قبل منه ، وإن لم يسمع ذلك منه الا في ذلك الوقت فلا يقبل منه .

وشبه في عدم الضمان فقال (كـ) دعوى عامل (القراض) ضياعة منذ سنين فلا يضمنه عند ابن القاسم ولو حضر صاحبه ولم يسمع ذلك منه قبل طلبه منه (و) من ظلمه إنسان في مال ثم أودع الظالم عنده مالاً قدر ماله أو أكثر فـ (ليس له) أي المودع بالفتح (الأخذ منها) أي الوديعة حال كونها مملوكة (لمن ظلمه) أي المودع بالفتح في بيع أو إيداع أو غصب (بمثلها) أي الوديعة عند الإمام مالك رضي الله تعالى عنه . في المدونة لحديث أد الأمانة لمن ائتمنك ولا تخن من خانك. ابن عرفة من ظفر بمال لمن جحده مثله ففيه اضطراب ، وقال في فصل الدعوى فيه أربعة أقوال المنع والكراهة والإباحة والاستحباب .

المازري من غصب منه شيء وقدر على استرداده مع الأمن من تحريك فتنة وسوء عاقبة

بأن يعد سارقاً ونحوه جاز له أخذه ولا يلزمه الرفع إلى الحاكم ، وأما العقوبة فلا بد من الحاكم . ابن عرفة من قدر على أخذه حقه المالي ممن هو عليه ، ففيه طرق . ابن رشد من أودع رجلا وديعة فجحده إياها ثم استودعه وديعة أو ائتمنه على شيء ، ففي المدونة لا يجحده . وروى ابن وهب له أخذه إن لم يكن عليه دين ، فإن كان فبقدر حصاصه منه . المازري هو المشهور . وقال ابن عبد الحكم له أن يأخذ وإن كان عليه دين .

وقال اللخمي إن كان عليه دين لغرماء عالمين بفلسه أو شاكين وتركوه يبيع ويشتري جاز له حبس جميعها ، وإن كان ظاهره عندهم اليسر ، ولو علموا حاله ضربوا على يديه جاز له أخذ ما لا يشك أنه يصير له في المحاصة ، وإن كانت الوديعة عرضاً فله بيعها ويحبس من ثمنها ماله عليه . المازري لا يأخذ العرض يتملكه عوض حقه لأنه إلزام للبائع المستحق عليه أن يعوض عنه بغير اختياره ، وسامح بعضهم في هـذا للضرورة . قال وإذا قلنا بالمشهور أنه لا يتملكه فهل له بيعه بنفسه لأنه إن رفعه للقاضي كلفه إثبات دينه إختار بعض أشياخي هذا ، ويبيع بنفسه للضرورة التي نبهنا عليها .

ابن يونس يجوز له أخذ قدر ما ينويه وإن كان للغرماء الدخول معه فيه للضرورة التي تلحقه ، لو أظهر ذلك فمتى لم يضر بالغرماء ، وأخذ ما ينو به جاز له ذلك . وقال بعض فقهائنا فإن حلف فحلف ماضره ذلك كالمكره على اليمين في أخذ ماله فيحلف ولا يضره ذلك . اللخمي مالك «رض» إنما يجوز له أن يجحده إذا أمن أن يحلفه كاذباً يريد أن المودع يقول له إحلف لي أني ما أودعتك . وقيل يحلف ما أودعتني شيئاً يلزمني رده . وقيل ينوي مثله أو يحرك به لسانه ، وكل ذلك واسع ، والصواب أن له أن يجحد ما أودعه مكان حقه عليه لقوله تعالى ﴿ وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به ﴾ ١٢٦ النحل والحديث هند . وقيل معنى لا تخن من خانك لا تأخذ فوق حقك اﻫ .

وحاصل كلام ابن يونس وكلام المازري ترشيح جواز الأخذ . وفي المقدمات أظهر الأقوال إباحة الأخذ . ابن يونس مالك رضي الله تعالى عنه في ميت أوصى لصغير

وَلاَ أُجرَةُ حِفْظِهَا ، بِخِلاَفِ مَحَلِّها ، وَلِكُلٍّ تَرْكُها ، وإنْ أَوْدَعَ صَبِيًّا ، أو سَفِيهاً أو أَقْرَضَهُ ، بَاعَهُ فَأَتلَفَ : لَمْ يَضْمَنْ ، وإنْ بِإذْنِ أَهْلِهِ ،

بدنانير ولم يشهد عليها إلا الوصي ، فإن خفي له دفع ذلك حتى لا يتبع به فله دفعه دون السلطان ، وكذلك لو رفعه فلم يقبل شهادته السلطان ، ثم خفي له دفع ذلك فهو له .

(ولا) أي وليس للمودع بالفتح (أجرة حفظها) أي الوديعة لأنه ليس من سنتها ولخروجها بأخذ الأجرة عليه عن اسمها . ابن عبد السلام أما أجرة الحفظ فقد اطردت العادة باطراحها وأن المودع لا يطلب أجرته ، وبهذا سقطت ، وإلا فالحفظ يجوز الأجرة عليه ، لأن المذهب جواز الأجرة على الحراسة .

(بخلاف) أجرة (محلها) أي الوديعة فللمودع بالفتح أخذها . ابن الحاجب له أجرة موضعها دون حفظها ، أي إذا كانت مما يشغل منزلا فطلب أجرة موضعها فذلك له . ابن عبد السلام أطلق المصنف وغيره هذا ، وعندي أنه يقيد بمن يقتضي حاله طلب الأجرة كما هو مذهب المدونة في رب الدابة يأذن لرجل في ركوبها فيقول راكبها إنما ركبتها عارية ويقول ربها إنما هو بإجارة فالقول لربها إن كان مثله يكرى الدواب ، ولم يعتد المصنف به هنا مع أنه ذكره في توضيحه وأقره قاله تت (ولكل) من المودع بالكسر والمودع بالفتح (ترك) إيداع (ها) أي الوديعة بعد وقوعه فلربها أخذها ، وللامين ردها . ابن شاس الإيداع من حيث ذاته مباح للفاعل والقابل ، وقد يعرض وجوبه إلى آخر ما تقدم .

(وإن أودع) ذو مال (صبياً أو سفيهاً أو أقرضه) أي الصبي أو السفيه (أو باعه) أي الصبي أو السفيه بثمن مؤجل أو أسلمه في مؤجل (فتلف) المال المودع أو المقرض أو المبيع من الصبي أو السفيه (لم يضمن) الصبي أو السفيه شيئاً منه إن قبل ذلك بغير إذنه أهله ، بل (وإن) قبله (بإذن أهله) وهذا بعد الوقوع ، ويكره لهم إذنهم له

وَتَعَلَّقَتْ بِذِمَّةِ الْمَأْذُونِ عَاجِلاً ، وَبِذِمَّةِ غَيْرِهِ إِذَا عَتَقَ ، إِنْ لَمْ يُسْقِطْهُ السَّيِّدُ ، وإِنْ قَالَ هِيَ لِأَحَدِكُمَا

فيه ، لأنه تغرير بإتلاف المال . «ق» فيها لابن القاسم ومن أودع صبياً وديعة بإذن اهله أو بدونه فضاعت فلا يضمنها ، أراد وكذلك السفيه ، لأن اصحاب ذلك سلطوا يده على إتلافه ، مالك «رض» ومن باع منه سلعة فأتلفها فليس له اتباعه بثمنها ، وكذا لو باع الصبي سلعة وقبض ثمنها وأتلفه فالمبتاع ضامن للسلعة وليس له قبل الصبي شيء من ثمنها . اللخمي لا تباعة على صبي ولا على سفيه ، إلا أن يثبت أنهما أنفقا ذلك فيما لا غنى لهما عنه فيتبعان في المال الذي صوناه ، فان ذهب وأفادا غيره فلا يتبعان فيه. ابن شاس من أودع عند صبي شيئاً باذن أهله او بغير إذنهم فأتلفه الصبي او ضيعه فلا يضمن ، لأنه مسلط عليه كالو أقرضه او باعه وكذلك السفيه .

(و) إن أودع مالا عند رقيق مأذون له في التجارة فأتلفه (تعلقت) الوديعة أي قيمتها او مثلها (بذمة) الرقيق المودع بالفتح (المأذون) له من مالكه الرشيد في التجارة تعلقا (عاجلا) أي حالا فتؤخذ من ماله الآن كالحر ولا يستأني به عتقه ولا تتعلق برقبته ولا بمال سيده الذي بيده ، وليس لسيده إسقاطها عنه . «ق» فيها لمالك «رض» ما أتلف المأذون له في التجارة من وديعة بيده فهي في ذمته لا في رقبته ، لأن الذي أودعه تطوع بالإيداع وليس لسيده أن يفسخ ذلك عنه .

(و) إن أودع رقيقاً غير مأذون له فيها وأتلفها تعلقت (بذمة غيره) أي المأذون له لا عاجلا ، بل (اذا عتق إن لم يسقطه) أي ما تعلق بذمة غير المأذون (السيد) عنه ، فان أسقطه عنه قبل عتقه سقط ، لأنه يعيبه فلا يتبع به «ق» فيها لمالك «رض» وإن أودعت عبداً محجوراً عليه وديعة فأتلفها فهي في ذمته إن عتق يوماً إلا أن يفسخه عنه السيد والعبد في الرق فذلك له ، لأن ذلك يعيبه فيسقطه عن العبد في رقه ولا يتبع به بعد عتقه .

(وإن) كانت وديعة بيد شخص وادعاها اثنان مثلا ، و (قال) المودع بالفتح (هي)

وَنَسِيَتْهُ : تَحَالَفَا ، وَقُسِمَتْ بَيْنَهُما ، وَإِنْ أَوْدَعَ اثْنَيْنِ : جُعِلَتْ بِيَدِ الْأَعْدَلِ .

أي الوديعة (لأحدكما) خاصة (ونسيته) فلا أعلمه الآن (تحالفا) أي يحلف المتنازعان فيها كل على نفي دعوى الآخر وتحقيق دعواه (وقسمت) بضم فكسر الوديعة (بينهما) أي المتنازعين فيها نصفين ونكولهما كحلفهما ، ويأخذها الحالف وحده . «ق» ابن يونس سمع عيسى ابن القاسم فيمن بيده وديعة مائة دينار فأتاه رجلان كل واحد منهما يدعيه لنفسه خاصة ، ولم يدر لمن هي منهما ، قال تكون بينهما بعد أيمانهما ، فمن نكل منهما فلا شيء له وهي كلها لمن حلف .

محمد لو قال دفعتها لأحدكما ونسيته وأنكرا قبضها حلفا وغرم لكل مائة ومن نكل فلا شيء له ، فان نكلا معاً فليس على المقر إلا مائة يقتسمانها دون يمين عليه ، لأنه هو أبى اليمين وردها بعد أن وجبت عليه ، فان رجع المودع وقال احلف أنها لهذا فله ذلك ، فان قال احلف أنها ليست لواحد منهما فلا بد من غرمه مائة يقتسمانها ، وكذا لو كانت المائة عليه دينا فيما ذكرنا أفاده ابن عرفة . ولو قال في مائة دينار دين عليه لا أدري ألفلان هي أم لفلان الآخر فادعاها كلاهما وحلفا غرم مائتين لكل واحد مائة ، لأن الوديعة في أمانته والدين في ذمته . ابن عرفة ابن رشد في كون الدين كالوديعة او عكسه ثالثها التفرقة المذكورة .

(وإن أودع) ذو مال عند (اثنين) وديعة وتنازعا في حيازتها لحفظها له وغاب (جعلت) بضم فكسر الوديعة (بيد) أي في حيازة الشخص (الأعدل) منهما فإن استويا في العدالة جعلت بيدهما معاً يجعلها في محل بقفلين وأخذ كل واحد مفتاحاً . « ق » فيها قلت فالرجل يستودع الرجلين يبعضها عند من يكون ذلك منهما ، فقال قال الإمام مالك رضي الله تعالى عنه في الوصيين يجعل المال عند أعدلهما . مالك رضي الله تعالى عنه فإن لم يكونا عدلين وضعه السلطان عند غيرهما وتبطل وصيتهما إذا لم يكونا عدلين .

ابن القاسم لم اسمع من مالك رضي الله تعالى عنه في الوديعة والبضاعة شيئاً وأراه

﴿ باب ﴾

مثله . سحنون إن اقتسم المودعان والمعاملان المال والقراض فلا يضمنان. يحيى ولا يضمن الوصيان إذا اقتسماه وقاله أشهب . وقال ابن حبيب يضمن كل واحد ما سلم وما صار بيده ، لأنه تعدى بتسليم ما سلم وبالإستقلال بالتصرف فيما بقي بيده . في التنبيهات الخلع عند عدم العدالة مختص بالوصيين ، لأن الايداع مشروع عند البر والفاجر ولا يوصى الفاجر ، وقاله القاضي اسماعيل هما بخلاف الوصيين لا يكون عند أحدهما ولا ينزع منهما ولا يقتسمانه ويجعلانه حيث يثقان به وايديهما فيه واحدة اه .

(باب)

في بيان أحكام العارية

ابن عرفة الجوهري العارية بالتشديد كأنها منسوبة إلى العار ، لأن طلبها عار والعارة مثل العارية ، يقال هم يتعيرون العواري بينهم ، وقيل مستعار بمعنى متعاور ، أي متداول . وفي بعض حواشي الصحاح ما ذكره من أنها من العار وإن كان قيل فليس هو الوجه ، والصحيح أنها من التعاور الذي هو التداول وزنها فعلية . ويحتمل أنها من عراه يعروه إذا قصده ، فوزنها فاعولة أو فلعية على القلب . ولما ذكر ابن عبد السلام كلام الجوهري أنكر عليه كونها منسوبة إلى العار ، لأنه لو كان كذلك لقالوا يتعيرون ، لأن العار عينه ياء . قلت في المخصص لابن سيده ما نصه وتعورنا العواري وتعورنا الشيء تداولناه . وقيل العارية من ذوات الياء لأنها عار على صاحبها ، وقد تعيروها بينهم . قلت وهذا نص بأنها من ذوات الياء ، ولكن قال ابن سيده في المحكم والعارية المنحة . قال بعضهم أنها من العار ، وهو ضعيف غره قولهم يتعيرون العواري وليس على وضعه إنما هي معاقبة من الواو إلى الياء . قلت وقد يرد بأن الأصل عدم المعاقبة اه ، وفي رده على ابن سيده بمثل هذا نظر .

وفي القاموس والعارية مشددة وقد تخفف ، والعارة ما تداولوه بينهم والجمع عواري

صَحَّ وَنُدِبَ : إعَارَةُ مَالِكِ مَنْفَعَةٍ بِلاَ حَجْرٍ : وإنْ مُسْتَعِيراً ،

مشددة ومخففة . ابن عرفة وهي مصدراً تمليك منفعة مؤقتة لا بعوض فتدخل العمرى والاخدام لا الحبس واسما مال ذو منفعة مؤقتة ملكت بلا عوض ، ونقض طردهما بارث منفعة ممن حصلها بعوض (١) لحصولها للوارث بلا عوض منه . ويجاب بأن عموم نفي العوض لأنه نكرة في سياق النفي يخرجها لأنها بعوض لمالك العين من الميت ، وقول ابن شاس وابن الحاجب تمليك منافع العين بغير عوض يبطل طرده بالحبس ، وعكسه بأنه لا يتناولها إلا مصدراً . والعرف إنما هو استعمالها اسماً للشيء المعار .

البناني قوله وأورد على التعريف أنه صادق الخ لا يحتاج اليه ، لأن لفظ التمليك لا يشملها إذ الارث ملك لا تمليك ، وانظر من أين أخرج ابن عرفة الحبس ، فإن اخرجه من لفظ منفعة كما فهمه الرصاع قائلاً لأن فيه ملك الانتفاع لا المنفعة ففيه نظر من وجهين ، أحدهما ما في التوضيح أن المحبس عليه يملك المنفعة ، بدليل أنه يؤاجر لغيره . ثانيهما إن حمل المنفعة على ما فهمه من المعنى الأخص يخرج العارية التي اشترط ربها على مستعيرها انتفاعه بها بنفسه فقط ، فيصير التعريف غير جامع ، وإن أخرجه بقوله مؤقتة وهو الظاهر ، ورد عليه أن الحبس لا يشترط فيه التأبيد إلا أن يقال أن المؤقت من إفراد العارية والله أعلم .

(صح وندب إعارة) شخص رشيد (مالك منفعة) تبعاً لملك الذات أو بإجارة أو عارية ، فلا يشترط فيها ملك الذات ، ففي وصايا المدونة الثاني للرجل أن يؤاجر ما أوصى له به من سكنى دار أو خدمة عبد حال كون مالك المنفعة (بلا حجر عليه) إن كان مالكاً للذات والمنفعة أو للمنفعة فقط باجارة ، بل (وإن) كان (مستعيراً) فلا

(١) (قوله بإرث منفعة ممن حصلها بعوض) بأن اكترى شخص ارضاً أو استأجر ما ينقل غير سفينة وحيوان ومات قبل استيفائه منفعتها فورثت عنه فيصدق على ارثه تمليك منفعة مؤقته بلا عوض وعلى المكترى والمستأجر في هذه الصورة مال ذو منفعة مؤقتة ملكت بلا عوض .

تصح من محجور عليه لصغر أو سفه أو رق أو دين أو زوجية أو مرض ، أو من مستعير حجر عليه المعير . ابن يونس العارية جائزة مندوب اليها لقوله تعالى ﴿ وافعلوا الخير ﴾ ٧٧ الحج ، ولقول رسول الله ﷺ كل معروف صدقة . ابن عرفة وهي من حيث ذاتها مندوب اليها لأنها احسان والله يحب المحسنين ، ويعرض وجوبها كغنى عنها لمن يخشى هلاكه بعدمها وحرمتها لكونها معينة على معصية ، وكراهتها لكونها معينة على مكروه وتباح لغنى عنها وفيه نظر لاحتمال كراهتها في حقه .

(تنبيهات)

الأول : القرطبي من الغلو منع الكتب عن اهلها ، وكذلك غيرها .

الثاني : الحط مراده هنا بالحجر ما هو أعم من الحجر المتقدم في بابه ليشمل حجر المعير على المستعير من الاعارة ، فلا تصح اعارته . ابن سلمون العارية مندوب اليها،وتصح من كل مالك للمنفعة ، وإن ملكها باجارة أو اعارة ما لم يحجر عليه في ذلك ، ومن استعار شيئاً لمدة أو اكتراه فله أن يعيره لمثله في تلك المدة أو يكريه إلا أن يشترط عليه أن لا يفعل ذلك .

الثالث : عب قوله بلا حجر متعلق يصح لا يندب لايهامه أن المحجور عليه تصح منه وليس كذلك .

الرابع : عب قوله وان مستعيراً مبالغة في الصحة لا في الندب ، إذ اعارة المستعير مكروهة ان لم يحجر عليه وإلا فلا تصح .

الخامس : مثل الحجر الصريح الحجر الضمني نحو لولا اخوتك ، أو لولا صداقتك ما أعرتك أفاده عب .

(لا)تصح اعارة شخص(مالك انتفاع)بنفسه فقط كمحبس عليه لسكناه ومستعير شرط عليه معيره أن لا يعير لغيره ولا تصح اجارته ايضاً ، ومن هذا النزول عن الوظيفة بشيء يأخذه فلا يصح ، لأن من له الوظيفة مالك انتفاع . واما ما أخذ من قسم الزوجات من الجواز فقد ضعفه ابن فرحون أفاده عب . البناني قوله فلا يصح الخ هذا هو مقتضى الفقه ، لكن ذكر

البرزلي بعد نقله عن ابن رشد جواز الأخذ على رفع الأيدي في المعادن ما نصه هذا ونحوه يدل على جواز ما يفعل اليوم في البلاد الشرقية من بيع وظيفة في حبس ونحـــوه من مرتبات الأجناد ، فانه يرفع يده خاصة ، وقد مضى لنا عن أشياخنا أنه لا يجوز لوجهين احدهما أن المسقط لا يملك إلا الانتفاع فلا يجوز له فيه بيع ولا هبة ولا اعارة . الثـاني على تسليم جواز بيعها فهي مجهولة لا يدرى ما فيها ولا قدر ما يستحقه منها ، وتقدم في الجمائل في كتاب الجهاد أنه ليس بمعاوضة حقيقة . ومن شرطه أن يكون من أهـــل جيشه وديوانه ، ثم ذكر ما وقع له في الديار المصرية .

« غ » أصل هذا التحرير في الفرق الثلاثين من قواعد القرافي ، وقد صححه ابن الشاط وفي الاجارات من قواعد المقري من ملك منفعة فله المعاوضة عليها وأخذ عوضها ، ومن ملك أن ينتفع فليس المعاوضة كسكنى المدرسة والرباط والجلوس في المسجد والطريق . القرافي ومن ثم لم تجز قبالة المدارس إذا عدم الساكن ، لأنها انما جعلت للسكنى لا للغلة ، كجعل المسجد للصلاة . تت ويستثنى من ذلك ما جرت به العـادة من انزال الضيف المدارس المدة اليسيرة فلا يجوز اسكان بيت المدرسة دائماً ولا ايجاره إن عدم الساكن ولا الخزن فيه ولا بيع ماء الصهاريج ، ولا استعماله فيما لم تجر به العـادة ، ولا يباع زيت الاستصباح ، ولا يتغطى ببسط الوقف ، وليس للضيف بيع الطعام ولا اطعامه ولا اطعام الهر والسائل .

عب وإذا أراد أن ينفع غيره فانه يسقط حقه منـه ويأخذه الغير على أنه من أهله حيث كان من أهله كما وقع للبرزلي في سكنى خلوة الناصرية ممن ملك الانتفاع بها والخلو من ملك المنفعة لا من ملك الانتفاع ، وهو اسم للمنفعة التي يملكها دافـع الدراهم لناظر الوقف ، وصورته أن يحتاج المسجد لاصلاح وله عقار محبس عليه يكرى بثلاثين فيـأخذ الناظر مالاً معلوماً ممن يسكنه لاصلاح المسجد ويجعـل عليه في كل شهر خمسة عشر ، وتصير منفعة الوقف مشاركة بين المسجد ودافع الدراهم ، ويسمى نصيبه خلواً فيقـال أجرة الوقف خمسة عشر مثلا وأجرة الخلو كذلك مثلاً ، وما يقع بمصر من خلو الحوانيت

ممن هو مستأجرها كل شهر بكذا ، فقد قال بعض شيوخنا أنه من ملك المنفعة نظراً لصحة العقد ، فللمستأجر أخذ الخلو ، ويورث عنه . وأما اجارته لغيره اجارة لازمة فلا نزاع فيها ، وقد أفتى شمس الدين اللقاني وأخوه ناصر الدين بأن الخلو المذكور معتد بـه لكون العرف جرى به قاله « د » .

عج المستأجر مالك المنفعة فما معنى الخلو وما فائدته ؟ يقال فائدته أنه ليس لمن له التصرف في المنفعة التي استأجرها ، سواء كان مالكاً أو ناظراً أن يخرجها عنه ، وإن كانت الاجارة مشاهرة،ونص ما رأيت،سئل ناصر الدين اللقاني ما تقول في خلوالحوانيت الذي صار عرفاً بين الناس في مصر وغيرها وتغالت الناس فيه حتى وصل الحانوت في بعض الأسواق أربعمائة دينار ذهباً جديداً،فهل اذا مات شخص وله وارث يستحق خلوحانوت مورثه ؟ وهل إذا مات وعليه دين يوفى من خلو حانوته ؟ فأجاب بقوله نعم ، إذا مات وله وارث ، فانه يستحق خلو حانوت مورثه عملا بعرف الناس ، وإذا مات من لا وارث له فانه يستحقه بيت المال ، واذا مات وعليه دين فانه يوفي منه اه .

وسئل « س » السنهوري عمن لـــه خلو فتعدى آخر على المحل ، واستأجره من ناظر الوقف وسكنه مدة فهل تلزمه أجرة المثل وتفض على الخلو والوقف . فأجاب بقوله يلزم المستأجر الذي سكن أجرة المثل وتقسم بين الوقف والخلو بحسب مالهما اه ، وكذا أفتى معظم شيوخنا أن منفعة ما فيه الخلو مشاركة بين صاحب الخلو والوقف بحسب ما يتفق صاحب الخلو والناظر على وجه المصلحة كما يؤخذ من فتوى الناصر اهـ .

البناني بمثل الفتاوى المذكورة وقعت الفتوى من شيوخ فاس المتأخرين كالشيـــخ القصار وابن عاشر وأبي زيد الفاسي وعبد القـــادر الفاسي وأضرابهم ، ويعبرون عن الخلو المذكور بالجلسة ، وجرى العرف بها لما رأوه من المصلحة فيها فهي عندهـــم كراء على التبقية ، وقد أشار لها في التوضيح في باب الشفعة .

وصلة اعارة (من) أي ل (لأهل) أي مستحق (التبرع عليه) بالشيء المعار، وهذا

عَيْناً لِمَنْفَعَةٍ مُبَاحَةٍ ، لاَ كَذِمِّيٍّ مُسْلِماً وَجَارِيَةٍ لِوَطْءٍ ،

أَوْ خِدْمَةٍ لِغَيْرِ مَحْرَمٍ ،

هو الركن الثاني . ابن عرفة المستعير قابل ملك المنفعة فلا يعار كافر عبداً مسلماً ولا ولد والده . وقول ابن الحاجب أهل للتبرع عليه قاصر ، لأن الكافر والولد أهل للتبرع عليه . وجواب ابن عبد السلام بأن مراده بالمستعار بخصوصيته يرد بأن كل كلام لا يصح كذلك لصحة تغيره بما به يصح ا هـ . البناني إنما يقال هذا حيث لا قرينة على القيد ، وهي موجودة هنا في كلام ابن الحاجب والمصنف ، وهو تعقيبه بقوله لا كذمي مسلماً ، ومفعول اعارة المضاف لفاعله قوله (عيناً) أي ذاتاً (لـ) إستيفاء (منفعةٍ) منها مع بقاء الذات ، وهذا هو الركن الثالث ، ونعت منفعة بـ (مباحة) .

اللخمي الإعارة هبة المنافع دون الرقاب . ابن شاس فلا تعار المكيلات ولا الموزونات وإنما يكون قرضها لأنها لا تراد إلا لاستهلاك أعيانها إلا أن يستعيرها ، كالصيرفي يجعلها بين يديه ليرى أنه ذو مال فيقصده البائع والمشتري ، فهذه تضمن إذا لم تقم البينة على تلفها ولا تضمن مع الشهادة عليه ، ومن شروط المستعار كون الإنتفاع به مباحاً فلا تعار الجواري للتمتع بهن ، ويكره إخدام الأمة إلا لمحرم أو مرأة أو صبي .

وذكر بعض مفهوم أهل التبرع عليه فقال (لا) تصح اعارة (كذمي) بكسر الذال المعجمه والميم مشددة رقيقاً (مسلماً) لإذلال المسلم للكافر وهو ممنوع ، قال الله تعالى ﴿ ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً ﴾ ١٤١ النساء . وقال عز وجل ﴿ ولله العزة ولرسوله وللمؤمنين ﴾ ٨ المنافقون وأولى لحربي ودخل بالكاف المصحف والسلاح لقتل مسلم والاناء للشرب نحو خمر .

(و) لا تصح إعارة (جارية لوطء) للإجماع على أنه لا يحل إلا بملك تام أو نكاح ، والأحسن إبدال وطء بتمتع وهذا وما بعده مفهوم مباحة (أو) أي ولا تصح اعارة جارية لـ (خدمة لـ) رجل (غير محرم) لها لتأديتها لاختلائه بها ، وظاهره ولو مأموناً أو له أهل ولو كانت الأمة متجالة ، أو كان الرجل شيخاً فانياً ، وللخمي جوازها للمأمون

أو لِمَنْ لاَ تَعتِقُ عَلَيْهِ ، وهِيَ لَهَا ، والأطعِمَةُ والنُّقودُ : قَرْضٌ بِمَا يَدُلُّ ، وجَازَ : أعِنِّي بِغُلاَمِكَ لِأُعِينَكَ إجَارَةً

ذي الأهل . ومفهوم غير محرم جواز اعارتها لمحرمها ، وهو كذلك لانتفاء المانع . اللخمي شرط عارية خدمة الاماء كونها لمن لا تخشى متعته بهن كمرأة وصبي وذي محرم كابن وأب وأخ وابن أخ وجد وعم ، ثم هؤلاء في الانتفاع بالخدمة على ضربين ، فمن كان منهم يصح منه ملك رقبة المخدم جاز له استخدامه ، ومن لا يصح منه ملك رقبته فلا يجوز له استخدامه تلك المدة ، وتكون منافع ذلك العبد أو الأمة لهما دون من وهبت له .

وإجارة الرجل المرأة على خمسة أوجه ، فإن كان عزباً فلا تجوز مأموناً كان أو غير مأمون ، وإن كان له أهل وهو مأمون جازت ، وإن كان غير مأمون وله أهل فلا تجوز ، وإذا كانت متجالة لا أرب فيها جازت ، وكذا إن كانت شابة وهو شيخ فان .

(أو) أي ولا تصح اعارتها (ل) خدمة (من) أي شخص (تعتق) الجارية عليه كاصلها وفرعها وحاشيتها القريبة (و) إن أعيرت لخدمة من تعتق عليه ف (هي) أي الخدمة (لها) أي الجارية زمن اعارتها له لا للمعير ولا للمعار له .

(تنبيه)

تخصيص الأمة بالمسألة الأولى والثانية ظاهر ، إذ لا يعار العبد للاستمتاع ولا لخدمة غير محرم ، وأما الثالثة فلا فرق بينهما قاله تت .

(والأطعمة) جمع طعام ربوياً كان أو غيره (والنقود) أي الدنانير والدراهم الارفاق بها (قرض) أي تسليف لا عارية لأنه لا ينتفع بها الا باهلاك عينها . وأشار للركن الرابع للاعارة فقال (بما يدل) على تمليك المنفعة بلا عوض قولاً كان كاعرتك ونعم جواباً لاعرني أو فعلاً كمناولة مع تقدم طلبها أو ايماء برأسه (وجاز) قوله (أعني) بفتح الهمز وكسر العين المهملة والنون مشددة (بغلامك) مثلاً يوماً أو يومين مثلاً (لأعينك) بضم الهمز بغلامي كذلك ، حكاه ابن أبي زيد حال كون ذلك (اجارة) أو ويكون

أجار . وظاهر المصنف أنه لا يشترط اتحاد العمل المتعاون فيه ، لأن أحدهما عوض عن الآخر .

ابن رشد إنما يجوز فيما قرب لئلا يلزم النقد في منافع معين يتأخر قبضها . « ق » أشهب لا بأس أن يأخذ الرجل عبد الآخر النجار يعمل له اليوم على أن يعطيه عبده الخياط يخيط له غداً ، وان قال أحرث لي في الصيف وأحرث لك في الشتاء ، فلا خير فيه ، وتقول المرأة للمرأة انسجي لي اليوم وانسج لك غداً لا بأس به ، وكذلك اغزلي لي اليوم وأغزل لك غداً إذا وصفت الغزل . ابن عرفة وعلى هذا الأصل تجري مسألةدولة النساء الواقعة في عصرنا في اجتماعهن في الغزل لبعضهن حتى يستوفين ، فإن قربت مدة استيفائها من الغزل لجميعهن كعشرة الأيام ونحوها وعينت المبدأ لها ومن يليها إلى آخرهن وصفة الغزل جاز وإلا فسدت ا هـ . ابن سراج قوله كعشرة الأيام تضييق فقد يفسخ كون المدة أكثر منها لقول ابن رشد أنه جائز للضرورة ، ومقتضى نص أشهب أن الذي لا خير فيه قوله أحرث لي في الصيف أحرث لك في الشتاء .

(و) إن ادعى المستعير تلف الشيء المعار له (ضمن) المستعير الشيء المعار له (المغيب) بفتح الميم وكسر الغين المعجمة أي الذي يغاب (عليه) أي يمكن إخفاؤه مع وجوده كالثياب والحلي والعروض في كل حال (إلا) شهادة (بينة) بتلفه بغير سببه فلا يضمنه إذا لم يفرط ولم يضيع . «ق » فيها لابن القاسم رحمه الله تعالى العارية مضمونة فيما يغاب عليه من ثوب أو غيره من العروض ، فان ادعى المستعير ان ذلك هلك أو سرق أو تحرق أو انكسر فهو ضامن ، وعليه فيما أفسد فساداً يسيراً ما نقصه وإن كان كثيراً ضمن قيمته كله إلا أن يقيم بينة أن ذلك هلك بغير سببه فلا يضمن إلا أن يكون منه تضييع أو تفريط فيضمن .

(وهل) يضمن المستعير المغيب عليه إذا لم تكن له بينة بتلفه إن لم يشترط نفيه ، بل (وإن شرط) المستعير (نفيه) أي الضمان فشرطه لغو ، وعزاه في المقدمات لابن القاسم

في بعض روايات المدونـة ، وله ولأشهب في العتبية يوسف بن عمر وهو المشهور ، أو أن شرط نفى ضمانه فلا يضمنه لأنه معروف بعد معروف الإعارة حـكاه اللخمي والمازري وغيرهما في ابن القاسم وأشهب ، في الجواب (تردد) للمتأخرين في النقل عن المتقدمين .

« ق » ابن رشد إن اشترط المستعير أن لا ضمان عليه فيما يغاب عليه فشرطه باطـل وعليه الضمان ، قاله ابن القاسم وأشهب في العتبية ، ولابن القاسم في بعض روايات المدونة. ابن عرفة ونقله الجلاب عن المذهب وفي غير نسخة من اللخمي ابن القـاسم وأشهب إن شرط أنه مصدق في تلف الثياب وشبهها فله شرط ولا شيء عليه .

(تنبيهات)

الأول : ابن عرفة ولو شرط نفى ضمانه ، ففي لغوه وإعماله نقل الجلاب عن المذهب مع سماعه أصبغ من ابن القاسم وأشهب ، وتخريج ابن رشد من نقل الشيخ عن أشهب عدم إعماله في شرط الصانع بانه لو أعمل لما عمل عامل إلا بشرطه فيدخل على الناس الضرر . قلت وفي غير نسخة من اللخمي ابن القاسم وأشهب إن شرط أنه مصدق في تلف الثياب وشبهها فله شرطه ، والاول أحسن قلت ما نقله عن ابن القاسم وأشهب خلاف نقل غير واحد عنهما ، والعجب من ابن رشد وشارحي ابن الحاجب في عدم التنبيه عليه .

الثاني : لم يذكر المصنف وقت ضمانه ولا من يضمنه ، وفي المقدمـات إذا وجب على المستعير ضمان العارية ، فإنه يضمن قيمة الرقبة يوم انقضاء أجـل العارية على ما ينقصها الاستعمال المأذون فيه بعد يمينه لقد ضاعت ضياعاً لا يقدر على ردها ، لأنه يتهم على أخذها بقيمتها بغير رضا صاحبها . وفي الشامل وحيث ضمن المستعير المعار فان رأته البينة عنده فلآخر رؤية وإلا فلربه الأكثر من قيمته يوم قبضه أو تلفه ، ولو تلف قبل الاستعمال غرم قدر ما بقى منه ويسقط عنه قدر استعماله في مدة الإعارة اي أن لو استعمله ولو باعـه فشريك بقدره ولو اتلفه المعير بعد قبض المستعير وقبل استعماله فهل يغرم قيمته ويستأجر للمستعير منها مثله أو يشتري له مثله أو يغرم قيمة تلك المنافع وهو الأحسن ، وقال إذا

أتلفه قبل قبضه فلا شيء عليه كالواهب يبيع الثوب قبل قبضه .

ابن عرفة في كون ضمان ما يضمن منها يوم العارية أو يوم ضاعت قياسها اللخمي على الخلاف في الرهن فإن رأت البينة العارية عنده بالأمس كانت قيمتها يومئذ قلت أو كثرت فإن لم تر من يوم أعيرت وقيمتها يوم أعارتها عشرة ويوم ضاعت ثمانية غرم عشرة ، لأن المعير يكذبه في بقائها ليوم ضياعها ، وإن كانت في اليومين على العكس أخذه بعشرة لأنه يصدقه في دعوى بقائها والقدر المضمون منها جميعها ان لم ينقصها استعمالها بحسب ذاتها أو قصر مدتها وما ينقصها استعمالها يضمن باقيها بعد نقصها ذلك ،ولو ثبت استهلاكه إياها قبل استعمالها لأنه صار به فيها كشريك .

قلت الأظهر أنه يغرم قيمتها كاملة إن كانت لا ينقصها الاستعمال كالعبد على مذهب ابن القاسم في استهلاكها أجنبي ، قال وإن أهلكها المعير بعد قبضها المستعير ففي غرمه قيمتها يستأجر منها للمستعير مثل الأولى ، أو يشتري له منها مثلها ، ثالثها يغرم قيمة المنفعة قياساً على هذه الأقوال فيمن أولد أمة بعد أن أخدمها رجلا ولو أهلكها قبل قبضها مستعيرها ، ففي كونه كإهلاكها بعد قبضها أو لا يغرم له شيئاً قولان على قولي ابن القاسم وأشهب فيمن باع ما وهبه قبل قبضه الموهوب له .

(لا) يضمن المستعير المعار (غيره) أي المغيب عليه أي الذي لا يمكن إخفاؤه مع وجوده كالعقار والحيوان ، ولو كطير عند الإمام مالك رضي الله تعالى عنه وأصحابه إن لم يظهر كذبه إن لم يشترط عليه المعير ضمانه ، بل (ولو) كانت أعارته متلبسة (بشرط) من المعير على المستعير ضمان ما لا يغاب عليه فشرطه لغو ، وظاهره ولو شرطه لأمر خافه كقاطع طريق وتعدية نهر وهو كذلك خلافاً لمطرف ، فيها لابن القاسم لا يضمن ما لا يغاب عليه من حيوان أو غيره وهو مصدق في تلفه ، ولا يضمن شيئاً مما أصابه عنده الا أن يكون بتعديه .

ابن رشد إن شرط على المستعير الضمان فيما لا يغاب عليه أو مع قيام البينة فيما يغاب عليه فقول مالك وجميع أصحابه رضي الله تعالى عنهم أن الشرط باطل جملة من غير

وَحَلَفَ فِيمَا عُلِمَ أَنَّهُ بِلاَ سَبَبِهِ، كَسُوسٍ: أَنَّهُ مَا فَرَّطَ
وَبَرِىءَ فِي كَسْرٍ كَسَيْفٍ، إِنْ شُهِدَ لَهُ أَنَّهُ مَعَهُ فِي اللِّقَاءِ،
أَوْ ضَرَبَ بِهِ ضَرْبَ مِثْلِهِ،

تفصيل حاشى مطرفاً، وإذا لم يضمن الحيوان فقال اللخمي يضمن سرجه ولجامه ونحوهما مما يغاب عليه ولا يضمن العبد العبدولاكسوته لأنه حائز لها .

(وحلف) المستعير (فيما) أي التلف الذي عرض للمعار و (علم) بضم فكسر (انه) أي التلف حصل للمعار (بلا سببه) أي المعير (كسوس) في ثوب أو حب وقرض فار وحرق نار وصيغةيمينه (انه) أي المستعير (ما فرط) بفتحات مثقلافي حفظ المعار وبرىء من ضمانه وان نكل ضمنه، ابن الحاجب ما علم أنه بغير سببه كالسوس في الثوب يحلف انه ما أراد فساداً ويبرأ ابن عرفة ويضمن ما به من حرق إلا أن يثبت أنه من غيره ويضمن السوس والفار لأنهما لا يحدثان الا عن غفلة لباسه أو عمل طعام فيه .

وفي الموازية لمالك رضي الله تعالى عنه ما ثبت في ثوب بيد صانع انه قرض فار دون تضييع فهو من ربه وإن جهل تضييعه وانكره، ففي ضمانه حتى يثبت عدم تضييعه قولان للصقلي عن ظاهرها، وقول ابن حبيب فيه مع لحس السوس مع التونسي والصقلي عن قولها إن أفسد السوس الرهن حلف المرتهن ما ضيعت ولا أردت فساداً قائلين، وكذا ينبغي في قرض الفار التونسي وقد يقال مثله في النار أو يقال النار هو قادر على عملها فيجب ضمانه حتى يثبت انها من غير سببه زاد ابن رشد ولا شبه انهما سواء قلت وتقدم هذا في الرهون ونحوه في تضمين الصانع ويجري كله في العارية المضمونة .

(وبرىء) المستعير من الضمان (في) تلف المعار بسببه مثل (كسر) آلة حرب كسيف ورمح (إن شهد) بضم فكسر (له) أي المستعير (أنه) أي السيف مثلاً كان (معه) أي المستعير (في) حال (اللقاء) للأعداء لأنه لا يتهم بالتفريط فيه أو التعدى عليه حينئذ لتوقف حياته وصيانة نفسه عليه (أو) شهد له أنه (ضرب به) أي السيف مثلا (ضرب مثله) فانكسر بأن ضرب به العدو ضرباً قوياً، ومفهومه أنه إن ضرب به ضرب

غير مثله بأن ضرب به حجراً أو شجراً فانكسر فإنه يضمنه ونصها ، وإن استعار سيفاً ليقاتل به فضرب به فانكسر فلا يضمنه لأنه فعل به ما أذن له فيه ، وهذا إذا كانت بينة أو عرف أنه كان معه في اللقاء وإلا فيضمنه ، زاد سحنون أو شهد أنه ضرب به ضرب مثله ولا يأباه ما فيها ، إذ لو شهدت البينة أنه ضرب به خشبة أو حجراً فانكسر فانه يضمنه وقوله أو عرف أعم من البينة فهما مسألتان فيحتمل أن المصنف أراد بالمسألة الأولى كلام المدونة وانه ليس فيها إلا مسألة واحدة [1] ، وبالثانية قول سحنون ومعنى أوعرف أي اشتهر انه كان معه في اللقاء ولو لم تشهد البينة به ، وبالثانية قول سحنون لا بد من شهادة البينة أنه ضرب مثله أفاده تت [2] .

---

(١) (قوله إلا مسألة واحدة أي ثبوت أنه كان معه في اللقاء ببينة أو قرينة .

(٢) (قوله وبالثانية قول سحنون لا بد من شهادة البينة أنه ضرب به ضرب مثله) طفي جعل تت أو بمعنى الواو ، وأن المصنف جار على قول سحنون فيه نظر للزوم جريانه على خلاف المعتمد، ومذهب المدونة ولا سيا أن ابن رشد جعل قول سحنون أبعد الأقوال وقد ذكر في ضيحه كلام البيان على الصواب كما قاله ابن عرفة وغيره ، والأحسن في تقرير كلام المصنف،قول الشارح كلام المصنف يشمل مسألتين إحداهما بطريق التنصيص وهو السيف ، والثانية بطريق التضمين كالفاس ونحوها ، وهو الذي اقتضاه التشبيه عليه فقوله إن شهد أنه معه في اللقاء عائد على السيف وقوله أو ضرب به ضرب مثله عائد على الفاس ونحوه ، ويصير المصنف موافقاً مذهب المدونة اهـ ، يعني في السيف ، وأما في الفاس فهو موافق قول ابن القاسم في العتبية ، والظاهر مراد المدونة بقولها أو عرف أنه كان معه في اللقاء ثبوته بالبينة ، ولذا عبر ابن رشد بذلك وعزاه لها ونصه على نقل ابن عرفة. ابن رشد ثالثها قولها في السيف لا يصدق إلا ببينة أنه كان معه في اللقاء فقول تت قولها عرف أعم من البينة فيه نظر ، وكذا قول بعضهم ، ومثل البينة قيام القرينة بأن ينفصل القتال ويرى على السيف أثر الدم . وقول تت كلام سحنون لا يأباه ما فيها،إذ لو شهدت البينة أنه ضرب به خشبة أو حجراً فانكسر ضمنه غير ظاهر لما علمت أن بينهما بوناً، لأنها وإن وافقت على الضمان في هذه الصورة تخالف إذا لم تشهد بينة أنه ضرب مثله ولا ضده .

القرافي إذا استعار شيئاً فسقط من يده فانكسر أو هلك في العمل المستعار له من غير عدوان ولا مجاوزة لما جرت به العادة في الانتفاع بتلك العارية فلا ضمان عليه ، لأن الذي أعاره اذن له فيا حصل به الهلاك ولو سقط من يده شيء عليها ضمن لعدم اذن صاحب العارية في هذا التصرف الخاص ، إنما وجد الإذن العام . ابن عرفة وما أتى به مستعيره من فاس ونحوه مكسوراً في ضمانه إياه حتى يقيم بينة أنه انكسر فيا استعاره له وتصديقه فيما يشبه في ذلك قولا ابن القاسم مع ابن وهب وعيسى بن دينار مع مطرف وأصبغ وابن حبيب قائلا من محاسن الأخلاق إصلاحه . ابن رشد وثالثها قولها في السيف لا يصدق الا ببينة أنه كان منه في اللقاء ورابعها قول سحنون لا يصدق الا ببينة أنه ضرب به في اللقاء ضرباً يجوز له ، وهذا أبعدها وأصوبها قول عيسى مع يمينه . اللخمي وكذا الرمح أو القوس ، وأما الرحى يستعيرها للطحن فيأتي بها وقد حفيت فلا شيء عليه اتفاقاً .

(وفعل) المستعير الشيء (المأذون) له في فعله من المعير كاستعارته دابة لحمل أردب بر عليها من مصر لمكة المشرفة (و) فعل (مثله) أي المأذون كحمل أردب عدس بدل أردب قمح (و) فعل (دونه) أي أخف من المأذون فيه كحمل أردب شعير بدل أردب قمح (لا) يفعل (أضر) منه كأردب فول بدل أردب قمح . « ق » فيها من استعار دابة ليحمل عليها حنطة فحمل عليها حجارة فكل ما حمل مما هو اضر بها مما استعارها له فعطبت به فهو ضامن ، وإن كان مثله في الضرر فلا يضمن كحمله عدساً في مكان حنطة أو كتاناً أو قطناً في مكان بز ، وكذلك من اكتراها لحمل أو ركوب ، فأكراها من غيره في مثل ما اكتراها له فعطبت فلا يضمن ، وان اكتراها لحمل حنطة فركبها فعطبت ، فان كان ذلك أضر وأثقل ضمن وإلا فلا .

ابن عرفة فيها إن استأجرت ثوباً تلبسه إلى الليل فلا تعطيه غيرك ليلبسه لاختلاف الناس في اللبس والأمانة ، وكره مالك «رض» لمكترى دابة لركوبه كراءها لغيره ولو كان أخف منه وما منع في الإجارة فأحرى في العارية . ابن شعبان من استعار دابة فلا

يركبها غيره وإن كان مثله في الخفة والحال . طفي قوله ومثله هذا في الحمل كما هـو فرض المسألة فيها وغيرها فلا يشمل المثل في المسافة كما يدل عليه قوله في كراء الدابة أو ينتقل لبلد وإن ساوت إلا بإذنه ليجري كلامه على سنن واحد، لأنه إذا منع في الإجارة فأحرى هنا في سماع سحنون روى على من استعار دابة إلى بلد فركبها إلى غيره فعطبت ، فإن كان ماركبها اليه مثل الأول في السهولة فلا يضمنها .

ابن رشد هذا يدل على أنـــه غير متعد بذلك ، وأن له أن يفعله ، ولابن القاسم في المبسوطة أنه يضمن بركوبها لغير ما استعارها له وهـــو الآتي على قولها في الرواحل من أكرى دابة إلى بلد ليس له أن يركبها إلى غيره ، وله في آخر سمـاع ابن القاسم من الجعل والإجارة اختلف فيمن استعار دابة لموضع فركبها إلى مثله في الحزونـــة والسهولة والبعد فهلكت فروى على لا ضمان عليه ، وقاله عيسى بن دينار في المبسوطة ، وقال ابن القاسم فيها يضمن اه ، فأنت ترى الضمان هو قول ابن القاسم وهو الجاري على مذهب المدونة ، فجمل عج ومن تبعه كلام المصنف شاملا للمسافة وأنه الراجح غير ظاهر اه، وتبعه البناني.

(وإن زاد) المستعير على ما استعارها له (ما) أي شيئاً (تعطب)العارية (به)سبب(ه) فعطبت (فله) أي المعير على المستعير (قيمتها) أي العارية فقط يوم إعارتها أو(كراؤه) أي الزائد المتعدي به فقط لانتفاء الضرر بالتخيير . « ق » ابن يونس وإذا استعارها لحمل شيء فحمل غيره أضر ، فإن كان الذي زاده مما تعطب بمثله فعطبت خير ربها في تضمينه قيمتها يوم تعديه ولا شيء له غيرها أو أخذ كراء الزائد ولا شيء له غيره ، ومعرفته أن يقال كم كراؤها فيما استعارها له ، فإن قيل عشرة ، قيل وكم كراؤها فيما حمل عليها، فإن قيل خمسة عشر دفع له الخمسة الزائدة على كراء ما استعارها له .

وشبه في التخيير بين أخذ القيمة وأخذ كراء الزائد فقال (ك)من استعار دابة ليركبها مسافة معلومة وتعدى بإرداف (رديف) خلفه عليها تعطب به وعطبت فيخير ربها بين أخذ قيمتها يوم إردافه وأخذ كراء الرديف . « ق » فيها إن استعارها ليركبها إلى موضع

وَأتُّبِعَ إنْ أعدَمَ وَلَمْ يَعْلَمْ بِالْإعَارَةِ ، وَإلاَّ فَكِرَاؤُهُ ، وَلَزِمَتِ ٱلْمُقَيَّدَةُ بِعَمَلٍ أوْ أجَلٍ لِانْقِضَائِهِ ، وَإلا فَالْمُعْتَادُ ،

معين فركبها وأردف رديفاً خلفه تعطب بمثله وعطبت فربها مخير في أخذ كراء الرديف فقط وأخذ قيمتها يوم إردافه (واتبع) بضم الفوقية مشددة وكسر الموحدة الرديف ، وصلة اتبع (به) أي كراء الرديف (إن أعدم) أي افتقر المستعير المردف والرديف مليء (و) الحال أن المردف (لم يعلم) الرديف (بالإعارة) بأن ظن أن مردفه مالكها ، لأن الخطأ كالعمد في الأموال ، ومفهوم الشرط أنه ان كان المستعير ملياً والرديف غير عالم بها فلا يتبع الرديف وهو كذلك ، وان كان الرديف عالماً بالإعارة اتبع المعير من شاء منهما ، وكذا ان أعدم المستعير وعلم الرديف الإعارة .

« ق » أشهب ولا يلزم الرديف بشيء وان كان المستعير عديماً . ابن يونس بعض شيوخنا هذا خلاف قول ابن القاسم من أنه عليه الكراء في عدم المستعير كمن غصب شيئاً ووهبه وهلك بيد الموهوب له فيضمن في عدم الغاصب ، وهذا اذا لم يعلم الرديف أنها مستعارة ، فإن علم فهو كالمستعير فلربها تضمين من شاء منهما (وإلا) أي وان لم يكن الزائد مما تعطب به ، سواء عطبت أو سلمت أو كان مما تعطب به وسلمت (ف) للمعير (كراؤه) أي الزائد فقط . ابن يونس وان كان ما حملها به لا تعطب في مثله فليس له الا كراء الزيادة ، لأن عطبها من أمر الله تعالى لا من الزيادة .

(ولزمت) الإعارة (المقيدة بعمل) كحرث فدان أو زرعه كذا أو خياطة ثوب أو ركوب من مصر لمكة (أو) المقيدة (بأجل) معلوم كسكنى دار شهراً المعير (لانقضائه) أي العمل أو الأجل . « ق » ابن عرفة الوفاء بالإعارة لازم ففيها من ألزم نفسه معروفاً لزمه ، ويدخلها الشاذ في عدم لزوم الهبة بالقول . اللخمي ان أجلت الإعارة بزمن أو انقضاء عمل لزمت اليه (وإلا) أي وان لم تقيد الإعارة بعمل ولا بزمن كأعرتك هذه الأرض أو الدار أو الثوب أو الدابة (ف) العمل أو الزمان (المعتاد) في مثلها لازم لمعيرها ، لأن العادة كالشرط ، وظاهره لزومها بمجرد القول وهو أحد القولين وهو المشهور ، وهذه عبارة ابن الحاجب .

وَلَهُ ٱلْإِخْرَاجُ فِي: كَبِنَاءٍ، إِنْ دَفَعَ مَا أَنْفَقَ، وَفِيهَا أَيْضاً قِيمَتُهُ، وَهَلْ خِلَافٌ، أَوْ قِيمَتُهُ إِنْ لَمْ يَشْتَرِهِ، أَوْ إِنْ طَالَ أَوْ إِنِ ٱشْتَرَاهُ بِغَبْنٍ كَثِيرٍ؟

وروى الدمياطي عن ابن القاسم ان كانت العارية ليبنى أو يسكن ولم يضرب أجلا فليس له اخراجه حتى يبلغ ما يعار لمثله من الأجل. ابن يونس صواب لأن العرف كالشرط ابن عرفة وان لم تؤجل كاعرتك هذه الأرض أو الدابة أو الدار أو العبد أو الثوب ففي صحة ردها ولو بفور قبضها ولزوم قدر ما تعار له. ثالثها ان أعاره ليسكن أو يبني فالثاني والا فالأول لابن القاسم فيها مع أشهب والثاني لغيرهما والثالث لابن القاسم في الدمياطية.

(و)ان أعار شخص شخصاً ارضاً براحاً لبناء أو غرس فيها بلا ذكر أجل وبنى أو غرس فيها ف(له) أي المعير الذي لم يقيد بعمل ولا أجل (الإخراج) أي اخراج المستعير مما أعاره له (في) اعارته ا(كبناء) وغرس (ان دفع) المعير للمستعير مثل (ما أنفق) المستعير في البناء أو الغرس، لأنه التزم له ما لا غاية له، وان كان العرف يقيده فليس هو كتقييد الشرط فيها من أذنت له أن يبني في أرضك أو يغرس، فلما فعل أردت اخراجه بقرب ذلك مما لا يشبه أن يعيره الى مثل تلك المدة القريبة، فليس لك اخراجه الا أن تعطيه ما أنفق هكذا في كتاب العارية (وفيها) أي المدونة أيضاً في كتاب آخر بعده (قيمة ما أنفق) والا تركه الى مثل ما يرى الناس أنك أعرته الى مثله من الأمد.

(و)اختلف الشارحون (هل) ما في الموضعين (خلاف) وهو تأويل غير واحد (أو وفاق) بأحد ثلاثة أوجه، الأول (قيمته) أي ما أنفق (ان لم يشتره) بأن كان ما بنى به أو غرسه من عنده، وما أنفق ان اشتراه بثمن. والثاني قوله (أو) قيمته (ان طال) الزمان على البناء أو الغرس قبل اخراجه لتغيره وما أنفق اذا كان بالقرب جداً. والثالث قوله (أو) قيمته (ان اشتراه) أي ما بنى به أو غرس (بغبن كثير) فيعطى قيمته بالعدل وما أنفق ان اشتراه بلا غبن أو بغبن يسير.

البناني ظاهر المصنف أن هذا التأويل الثالث تأويل بالوفاق كالذين قبله ، وكذاذكره ابن رشد ، والذي لعبد الحق أنه تأويل خلاف ونحوه لابن يونس ، ونصه بعض أصحابنا في هذين القولين ثلاث تأويلات ، وذكـــر التأويلين الأولين وقال فعلى هذين التأويلين لا يكون اختلافاً من قوله الثالث له ما أنفق اذا لم يكن فيه تغابن أو كان فيه تغابن يسير ومرة رأى أن القيمة أعدل ، اذ قد يسامح مرة فيما يشتريه ومرة يغبن فيه ، فإذا أعطى قيمة ذلك يوم بنائه لم يظلم فيكون على هذا خلاف من قوله اه ، نقله أبو الحسن. طفيوقد تقدم لنا كلام على ذلك آخر الشركة فراجعه في الجواب (تأويلات) .

(تنبيهات) :

الأول : ظاهر قوله ما أنفق أنه لا يعطيه أجرة قيامـــه على البناء أو الغرس . وفي توضيحه عن حديس إذا أعطاه ما أنفق يعطيه أجرة مثله في قيامه ، لأن رب الأرض قد يجد ما ينفق ويعجز عن القيام ، ولولا ذلك لشاء من عجز عن القيام أن يعير أرضه ، فإذا استوى البناء أو الغرس أخرجه وقال هذه نفقتك .

الثاني : أبو الحسن إذا أعطاه قيمته قائماً فمعناه على التأبيد ،بخلاف الاستحقاق فإنه إذا أعطاه قيمته قائماً فإنما هي لتمام المدة . طفي عبارة التوضيـح وقالوا إذا أعطى قيمته قائماً فمعناه على التأبيد ، بخلاف أول مسألة كتاب الاستحقاق ، فإنه إذا أعطاه قيمته قائماً لتمام المدة ، قالوا والفرق أن ما في الاستحقاق المستحق لم يأذن له ، وإنمـــا أذن له غيره ، وهنا الإذن من رب الأرض اه. ومسألة الاستحقاقهي قولها أو كتاب الاستحقاق من اكترى أرضاً للبناء أو الغرس من مبتاعها واستحقت بعدهما فلربها إمضاء كراء بقيـة المدة ، فان أمضاه كان له مناب كراء بقية المدة وأمره بقلع البناء والغرس أو أخذهمـــا بقيمتها مقلوعين وله فسخ كراء بقية المدة وأمره بقلعها أو أخذهما بقيمتها قائمين ، فان أبى أخذهما قيل للمكترى أعطه قيمة أرضه ، فإن أبى فشريكان اهـ ، فقـال عبد الحق قيمتها قائمين إنما هي على أن يقلعا إلى غاية وقت الكراء ، وكذا إذا وجبت الشركـة

بينهما بقيمتهما وقاله غير واحد من شيوخنا اهـ ، وبحث فيه الصقلي فقال انظر كيف تقويم البناء على قلعه إلى عشر سنين .

فإن قلت بكم يبنى مثله على أن يقلع إلى عشر سنين فالقيمة لا تختلف [1] ، سواء قال إلى سنة أو إلى عشرين سنة ، ولذا قال ابن القاسم يدفع اليه قيمة البناء قائماً ولم يحده بوقت ، وإنما يصح ذلك على تأويل ابن حبيب القائل معنى ذلك قائماً هو ما زاد البناء في قيمة الأرض ، يقال عليه كم قيمة الأرض براحاً ، فإن كانت مائة قيل كم قيمتها بهذ البناء على أن يقلع لعشر سنين ، فيقال مائة وخمسون فيعلم أن قيمة البناء خمسون . وعلى تأويل ابن القاسم بكم يبنى مثل هذا البناء ، فيقال خمسون أو مائة ، فهذه قيمة البناء .

ابن عرفة قلت هـذا صواب جار على أصل المذهب في تفسير قيمة البناء قائماً حسبما تقدم في كتاب العارية [2] وأطال في ذلك .

---

(١) (قوله فالقيمة لا تختلف) هذا ظاهر إذا كان التقويم لما يبنى به ، وهذا خلاف نصها بقيمة البناء والغرس ، وهذه تختلف باختلاف طول مدتها وقصرها لاختلاف الانتفاع بهما واغتلالهما بذلك.

(٢) (قوله حسبما تقدم في كتاب العارية) فتذكره ونص ما في كتاب العارية وفيها من أذنت له أن يبني في أرضك أو يغرس فلما فعل أردت إخراجه بقرب إذنك مما لا يشبه أن يعار إلى مثله فليس الك إخراجه إلا أن تعطيه ما أنفق ، وقال في باب بعد هذا قيمة ما أنفق وإلا تركته إلى مثل ما يرى الناس أنك أعرته إلى مثله من الأمـد . عياض قوله قيمة ما أنفق كذا في كتب شيوخنا ، وفي رواية أصبغ وسقط لفظ قيمة في رواية وزاد في بعض النسخ حداً قائماً ، وكذا في كتاب ابن المرابط وفي موضع آخر من الكتب يعطيه ما أنفق وهي رواية الدمياطي ، وتكلم الناس في اختلاف اللفظين بما لا يحتاج إلى تقريره ، وفي مختصر حمديس إن أعطاه ما أنفق يعطيه أجر مثله في قيامه عليه ، لأن رب الأرض قد يجد ما أنفق وعجز عن القيام ، ولولا ذلك لم يشأ من عجز عن القيام أن يعير ←

ثم قال بعد كلام نقله عن التونسي حاصله أنه فسر قيمته قائماً بأنها على بقائه في الأرض

← أرضه، فإذا استوى البناء والغرس أخرجه وقال هذه نفقتك .

ثم قال ابن عرفة عبد الحق قوله يعطيه ما أنفق ، وفي باب آخر قيمة ما أنفق ، يحتمل ثلاثة أوجه، القيمة فيما أخرج من عنده من آجر وجيار ونحوهما ، وما أنفق إذا أخرج ثمناً اشترى به هذه الأشياء . الثاني القيمة فيما طال أمده لأنه تغير بانتفاعه ، وما أنفق فيما قرب جداً فلا يكون اختلاف قول . والثالث أن ما أنفق يعطيه فيه عدد الدنانير التي أنفق إن كان لم يغبن أو غبن يسيراً وقيمة ما أنفق يعطيه القيمة بالعدل لا يحسب فيها ما يتغابن الناس بمثله ، وعلى هذا يكون اختلاف قول وبكل من هذه الوجوه يؤول ذلك .

الصقلي هذا التأويل والأول محتملان . وأما الثاني فخطأ لأنه إنما يعطيه قيمة ما أنفق يوم البناء ولا يراعى فيه تغير أم لا ، ولو عكس هذا لكان أولى، لأن ما تقادم وتغير معرفة قيمته متعذر لتغيره ، ولا يتحقق كيف كان حاله يوم البناء فيجب أن يعطيه ما أنفق نقداً ، وما كان بالقرب لم يتغير فالقيمة فيه مخلصة ، فإذا أعطيها لم يظلم لأنها متوسط بين ما غبن أو غبر ، كيف وهو إذا طال الأمد ينقص فيه فهذا يخرجه ويعطيه قيمته مقلوعاً اهـ ، كلام ابن عرفة الذي ذكره في كتاب العارية .

وقال في كتاب الاستحقاق عقب ما تقدم ولما ذكر التونسي لفظ المدونة إلى قوله فإن أبى فهما شريكان ، زاد ثم رجع المكتري بما بقي له من الكراء على المشتري ، وهذه الزيادة لم أجدها في الأم ، ولكن الأصول تقتضي صحتها . ثم قال التونسي فانظر هل للمكتري منفعة بتقويم غرسه وبنائه على بقائه لعشر سنين فيصير قد انتفع بعض انتفاع بأرض الذي أكراها فكيف يرجع على المشتري بجميع كراء ما بقي مع انتفاعه بالكراء الذي اكترى منه .

فإن قيل إذا قومت له البناء على أنه باق في الأرض إلى الأمد الذي اكترى اليه كنت أخذت من رب الأرض جزءاً من أرضه . قيل إنما قوم له قائماً لدخوله بوجه شبهة، فإذا ←

إلى الأمد المذكور لا بما يبنى به خلاف ما تقدم للصقلي ، وقول الصقلي هوالصواب حسبما تقدم . وقال بعد كلام نقله عن المازري وكل هذا تخليط . والصواب مـــا تقدم للصقلي حسبما قررناه ، والمعروف في بناء المشتري وغرسه قيمته قائماً على مـا تقدم تفسيره في

حـ امتنع رب الأرض من ذلك أعطى قيمة أرضه كاملة لا بناء بها فلا يظلم ،فلذا إن امتنع أشركت بينهما على أن أرضه كلهـــا تقوم له ، وقيمة بناء البالي على أنه ثابت في الأرض إلى غاية الأمد الذي اكترى اليه ، فصار ذلك الجزء مقوماً مرتين فلا يتضرر واحد منهما.

قلت حاصله أنه فسر قيمة البناء قائماً بأنها على بقائه بالأرض إلى الأمد المذكور لا بما يبنى به خلاف ما تقدم للصقلي ، وقول الصقلي هو الصواب حسبما تقدم . المــازري أكثر متأخري الأشياخ على القدح في قولها أعطى قيمة الغرس والبناء قائماً بما تقدم للتونسي من لزوم أخذه ثمن ما اكتراه مرتين ، ولم يذكر جواب التونسي وبأنه يصير قد قوم له ما لا يملكه وهو جزء من الأرض الذي بطل عقد كرائه فيهـــا ، ثم قال إذا قلنا أن مستحق الأرض من المبتاع يعطيه قيمة البناء والغرس قائماً المكتري ، فحمل قوله فيها قائماً إلى غاية مدة الكراء لا إلى الأبد لأنه لم يدخل على تأبيد البناء .

قلت وهذا التزام للسؤال ، وأن المستحق من يده إن كان مشترياً يكون له قيمة بنائه قائماً محله من الأرض ، لأنه وضع عليه بناءه ، وهذا شيء لا أعرفه لأحد من أهل المذهب غير هذا الذي ذكره المازري ، ثم قال وقد يقال عندي في دفـع الاعتراض أن مستحق الارض لما كان قادراً على إلزام الباني والغارس قيمة أرضه براحاً ولم يلزمهما إياهـــا الزم قيمة البناء والغرس في المشتري على التأبيد ، وفي المكتري على تمام المدة . قلت قوله أنـه كان قادراً على إلزامهما قيمة الارض براحاً وهم لا يليق بطبقته في فقه المذهب ، وكل هذا تخليط ، والصواب ما تقدم للصقلي حسبما قررناه، والمعروف في بناء المشتري وغرسه قيمته قائماً على ما تقدم تفسيره في العارية .

العارية والذي في العارية هو قيمة ما يبنى به [1] ، وهو قول المصنف إن دفع ما أنفق أو قيمته ، وحينئذ لا يأتي تقييد عبد الحق المذكور ، إذ لا تختلف حسبما أشار له الصقلي .

والحاصل أن مذهب ابن القاسم هو المعروف في المذهب أن معنى قيمة البناء قائماً قيمة ما يبنى به لا فرق بين العارية والاستحقاق من مشتر أو مكتر ، وحينئذ لا يتأتى التقييد المذكور عن عبد الحق ، ولا الفرق بين العارية ومسألة الاستحقاق ، إذ الكلام سواء ، ولا تختلف القيمة بذلك كما علمت وأطلت لأني لم أر من تكلم على المسألة من الشراح والله الموفق .

الثالث : البناني قوله وإلا فالمعتاد مخالف بظاهره للمدونة إلا أن ابن يونس صوبه ، وقوله وله الإخراج موافق للمدونة ، فكلامه متناقض ، فلو قال وإلا فالمعتاد على الأرجح وفيها له الإخراج في كبناء لا جاد قاله « غ » «ح» ، وكلام «غ» صحيح لا غبار عليه ، وتأول عج تبعاً للبساطي ، تقريره بما ذكره «ز» ليوافق المدونة ولم يرتضه « ح » لاحتياجه إلى تقدير كثير .

(وإن) أعار أرضاً لبناء أو غرس مدة معلومة ففعل و (انقضت مدة البناء والغرس) بفتح الغين المعجمة وسكون الراء المشترطة في عقد الإعارة أو المعتادة إن أطلقت (فـ) حكم بناء المستعير وغرسه (كـ) حكم بناء وغرس ذي (الغصب) للأرض

---

(١) (قوله إن معنى قيمة البناء قائماً قيمة ما يبنى به) فيه أن مذهب ابن القاسم ونص المدونة قيمة البناء قائماً ، والمتبادر منه قيمة نفس البناء المختلفة بتأبيده وتأجيله بزمن طويل أو بزمن قصير ، وفهمه على هذا عبد الحق وشيوخه والتونسي والمازري وغيرهم ، وفسروه بأن المراد قيامه إلى غاية أمد الكراء ، وبحث الصقلي بصرفه عن ظاهره وحمله على قيمة ما بنى به وهي لا تختلف بتأبيد البناء ولا بتأجيله بطويل ولا قصير ، وتبعه ابن عرفة ، وصوبه مراراً ، ويبطل فهم ابن يونس وابن عرفة قول ابن المدونة قائماً والله أعلم .

وإنِ ادَّعَاهَا الآخِذُ والمَالِكُ : الكِرَاءَ ، فَالقَوْلُ لَـهُ ، إلاَّ أنْ يَأنَفَ مِثْلُهُ ،

في تخيير مالكها في تكليف الباني والغارس بقلع بنائه وغرسه ونقل نقضه وتسوية الأرض ودفع قيمته مقلوعاً لبانيه وغارسه مطروحاً منها أجرة القلع والتسوية إن كان الباني والغارس لا يتولاهما بنفسه ولا بخدمه. «ق» فيها لابن القاسم إن أردت إخراجه بعد أمد يشبه أنك أعرته إلى مثله فلك أن تعطيه قيمة البناء والغرس مقلوعاً. محمد بعد طرح أجر القلع وإلا أمرته بقلعه إلا أن يكون مما لا قيمة له ولا نفع فيه إذا قلع مثل الجص فلا شيء للباني فيه ، وكذلك لو ضربت لعاريته أجلاً فبلغه فليس لك ههنا إخراجه قبل الأجل ، وإن أعطيته قيمة ذلك قائماً .

(وإن ادعاها) أي الإعارة (الآخذ) بمد الهمز وكسر الخاء المعجمة لأرض غيره الباني أو الغارس أو الزارع أو الساكن فيها أو غيرها كالدار والدابة والثوب (وادعى المالك) للارض أو غيرها (الكراء) ولا بينة لأحدهما على دعواه (فالقول) المعتبر المحكوم به (له) أي المالك ، لأن الأصل المعاوضة (بيمين) من المالك أنه لم يعره وآجره لدفع دعوى الأخذ في كل حال (إلا أن يأنف) أي يتحاشى ويتعالى (مثله) أي المالك في المنزلة والعظمة (عنه) أي الكراء فالقول للآخذ بيمينه أنه ما أكراه ، ولقد أعاره ، فان نكل حلف المالك وأخذ الكراء الذي ادعاه ، فإن نكل فله كراء مثله أفاده تت .

«ق» فيها لابن القاسم ومن ركب دابة رجل الى بلد وادعى أنه أعاره إياها وقال ربها بل أكريتها منة فالقول قول ربها . ابن يونس لأنه ادعى عليه معروفاً . ابن القاسم الا أن يكون مثله لا يكرى الدواب لشرفه وقدره ا هـ . ابن الحاجب الا ان يكذبه العرف. ابن عبد السلام ليس مرادهم ان لا تكون عادة المالك ان يكرى ما تنازعا فيه ، بل مرادهم مع ذلك ان يكون شرفه يأبى الكراء لغيره ويأنف من مثله ، وتبعه في التوضيح والمختصر . قلت وهو ابن القاسم .

كزائد المسافة إن لم يزد ، وإلا فللمستعير في نفي الضمان والكراء ،

طفي قول تت فإن نكل أخذ كراء مثله تبع فيه الشارح ، وعزاه لأشهب وهو كذلك في النوادر ، ونصها وإن كانت الدابة للشريف العظيم الذي يأنف مثله من كراء دابته صدق الراكب مع يمينه فإن نكل حلف ربها وأخذ الكراء الذي زعم ، فان نكل أخذ كراء مثله قاله أشهب اهـ ، وانظر هل هو وفاق او خلاف اهـ ، ونقله البناني .

وشبه في أن القول للمالك فقال (كـ) تنازع المالك والمستعير في (زائد المسافة) بأن قال المالك أعرتك الدابة لتركبها من مصر إلى العقبة ، وقال المستعير بل إلى الازلم مثلاً فالقول للمالك (إن لم يزد) أي لم يركب المستعير القدر الزائد على المسافة التي وافقه عليها المالك بأن تنازعا عند العقبة أو قبلها (وإلا) أي وإن زاد المستعير أي ركب المسافة الزائدة على ما قال المالك بأن تنازعا بعد بلوغ الازلم والمستعير راكب عليها (فـ) القول (للمستعير في نفي الضمان) إذا تعيبت الدابة في المسافة الزائدة على ما قال المالك (و) نفي (الكراء) للمسافة الزائدة على ما قال المالك إن بلغت الازلم سالمة عند ابن القاسم .

«ق» ابن القاسم وجدت في مسائل عبد الرحيم ان مالكاً رضي الله تعالى عنه قال فيمن استعار دابة فركبها إلى موضع ، فلما بلغه زعم ربها أنه أعاره إياها إلى دونه او إلى بلد آخر ، فالقول قول المستعير إن ادعى ما يشبه مع يمينه ، وكذلك في سماع ابن القاسم نصاً ، سواء قال ابن القاسم فيه وذلك إذا ركب ورجع ، وإن لم يركب بعد فالمعير مصدق مع يمينه ، وكمن أسكنته دارك او أخدمته عبداً فبعد سنة قال هي المدة سنة ، وقلت أنت شهر فهو مصدق مع يمينه إلا أن يدعي عليك ما لا يشبه ، ولو لم يقبض المسكن ولا العبد فأنت مصدق مع يمينك .

ابن يونس وهذا من قوله يؤيد ان القول قوله في رفع الضمان والكراء ، لأن مستعير الدار ولو ثبت عداؤه لمجاوزة المدة التي استعار اليها فانهدمت الدار بأمر من الله تعالى في

تلك المدة فلا يضمنها ، لأنه إنما تعدى على السكنى فلا يكون أسوأ حالاً من غاصب السكنى ، فكيف بمن لم يثبت عداؤه ، فإذا ثبت أنه لا يضمنها فلا يبقى إلا أن يكون القول قوله في السكنى ورفع الكراء .

طفي في نفي الضمان والكراء ضرح به لرد قول أشهب القول قوله في نفي الضمان فقط لا في نفي الكراء . البناني في ضيح أي وإن ركب الى الغاية فقال ابن القاسم في المدونة القول قول المستعير إن ادعى ما يشبه مع يمينه ، وهذا الحكم لم يذكر في المدونة ان ابن القاسم قال به ، بل قال وجدت في مسائل عبد الرحيم ذلك نعم ظاهر الحال أنه قائل بذلك . وذكر ابن يونس ان مقتضى قول ابن القاسم ان القول قول المستعير في سقوط الضمان والكراء ، وأنّ سحنون وأشهب قالا القول قول المستعير في سقوط الضمان فقط ، والقول للمعير في الكراء يحلف المستعير لإسقاط الضمان والمعير لأخذ الكراء .

وبالغ على كون القول قول المالك إذا تنازعا في زائد المسافة قبل ركوبها، وكون القول قول المستعير بعده إن كان قبضها المستعير بنفسه من مالكها المعير ، بل (وإن كان قبضها برسول) من المستعير للمعير (مخالف) للمعير إذا تنازعا قبل الزيادة، وللمستعير ان تنازعا بعدها فتلغى شهادته ، لأنها شهادة على فعل نفسه . «ق» أشهب من بعث رسولاً الى رجل يعيره دابة الى برقة فأعاره فركبها المستعير الى برقة فعطبت فقال المعير إنما أعرته الى فلسطين، وقال الرسول الى برقة فشهادة الرسول هنا لا تجوز للمستعير ولا عليه ، لأنه انما يشهد على فعل نفسه ويحلف المستعير أنه ما استعارها إلا لبرقة ويسقط عنه الضمان .

في التوضيح في شرح قول ابن الحاجب برسول موافق او مخالف ما ذكره من تساوي الحكم هو بالنسبة الى أشهب صحيح ، وأما عند ابن القاسم ففي المدونة فيمن بعث رسولا الى رجل ليعيره دابته الى برقة فقال الرسول الى فلسطين فعطبت عند المستعير واعترف الرسول بالكذب ضمنها، وإن قال بذلك أمرتني وأكذبه المعير فلا يكون الرسول شاهداً

لأنه خصم ، وتمت المسألة هنا في أكثر الروايات ، وعليه اقتصر البرادعي ، وزاد ابن أبي زيد في مختصره والمستعير ضامن الا أن تكون له بينة على ما زعم ، وصحت هذه الزيادة في رواية يحيى بن عمرو على هذه الزيادة فليس الحكم متساوياً ا هـ كلام ضيح وأصله لابن عبد الحكم ،لكن لا يتأتى جرى كلام المصنف على مذهب ابن القاسم في المدونة،ويكون درج على رواية الأكثر في عدم زيادة الضمان ، إذ المخالفة لأشهب إنما تأتي عليها . ولما ذكر ابن عبد السلام قول أشهب قال ولابن القاسم في المدونة ما يقرب منه ، ثم ذكر لفظ أشهب ولفظ المدونة على رواية الأكثر ، وذكر الزيادة المذكورة فقال فأورثت هذه الزيادة إشكالا على ابن القاسم ، لأنه وافق أشهب على سقوط الضمان في المسألة السابقة وخالفه في هذه ا هـ ، فظهر لك ان لا حاجة لجري كلام المصنف على قول أشهب ، وأن قول تت وعليه درج المصنف لا على قول ابن القاسم فيها غير ظاهر ، وغره فيه نقله للمدونة على ثبوت الزيادة المذكورة مقتصراً عليه ، وما ذكرناه من ان رواية الأكثر على سقوطها هو كذلك في ابن عبد السلام وضيح .

وعبارة عياض المستعير ضامن إلا أن تكون له بينة على ما زعم ثبتت هذه الزيادة في كتبنا وأصول شيوخنا في كثير من رواية الأندلسيين والقرويين، وليست في رواية سليمان ابن سالم ولا يزيد بن أيوب،وصحت في رواية يحيى بن عمر قال ابو القاسم اللبيدي وهي مطروحة من رواية جبلة بن حمود ، وأدخلها ابو محمد وغيره من المختصرين وأسقطها البرادعي ،وقد قال أشهب لا يضمن المستعير ويحلف أنه ما أمره الا الى برقة ،قال بعضهم وكذلك يجب ان يقول ابن القاسم .

وشبه في عدم الضمان فقال (كدعواه) في المستعير (رد ما) أي المعار الذي (لم يضمنه) الرسول وهو ما لا يغاب عليه كالحيوان لمعيره ، وأنكره معيره فيصدق المستعير بيمينه . ابن المواز كل من يقبل قوله في التلف فهو مقبول في الرد ، ولو ردها مع عبده او أجيره فعطبت او ضلت فلا يضمنها لأنه شأن الناس،وإن لم يعلم ضياعها الا بقول الرسول

وإنْ زَعَمَ أَنَّهُ مُرْسَلٌ لِاسْتِعَارَةِ حُلِيٍّ وَتَلِفَ ضَمِنَهُ مُرْسِلُهُ ،
إنْ صَدَّقَهُ ، وإلاَّ حَلَفَ وَبَرِىءَ ، ثُمَّ حَلَفَ الرَّسُولُ وَبَرِىءَ
وإنِ اعْتَرَفَ بِالْعَدَاءِ ، ضَمِنَ الْحُرُّ وَالْعَبْدُ فِي ذِمَّتِهِ ،

وهو مأمون او غير مأمون ذلك سواء ، وفهم من قوله رد ما لم يضمن انه لو ادعى رد ما يضمن وهو ما يغاب عليه فلا يقبل قوله وهو كذلك قاله تت .

«ق» مطرف يصدق المستعير مع يمينه اذا ادعى رد ما لا يغاب عليه الا ان كان قبضه ببينة فلا يصدق ابن رشد من حق المستعير ان يشهد على المعير في رد العارية وإن كان دفعها اليه بلا إشهاد ، بخلاف الوديعة لأن العارية تضمن والوديعة لا تضمن . اللخمي ان اختلفا في الرد فالقول قول المعير بيمينه عند ابن القاسم في كل ما لا يصدق في ضياعه . محمد سواء أخذه ببينة او بغير بينة .

(وإن) أتى شخص شخصاً و (زعم) اي قال الشخص الحر او العبد الآتي (أنه مرسل) بضم الميم وسكون الراء وفتح السين من فلان الى فلان (لاستعارة حلي) بفتح فسكون او بضم فكسر فدفعه المرسل اليه للرسول (وتلف) الحلي من الرسول (ضمنه) اي الحلي (مرسله) اي الرسول بكسر السين (ان صدقه) بفتحات مثقلاً ، اي المرسل الرسول في انه أرسله ولا يضمنه الرسول لائتمانه عليه (وإلا) اي وإن لم يصدقه في اخباره بإرساله (حلف) المدعى عليه الإرسال أنه ما أرسله (وبرىء) من الضمان (ثم حلف الرسول) أنه أرسله وبرىء ايضاً .

«ق» سمع عيسى ابن القاسم في الأمة والحرة تأتي قوماً تستعير منهم حلياً لأهلها وتقول هم بعثوني فيتلف ، فان صدقها اهلها فهم ضامنون وبرئت ، وان جحدوا حلفوا وبرئوا وحلفت لقد بعثوها وبرئت ، لأن هؤلاء قد صدقوها انها أرسلت اليهم .

(وان اعترف) اي أقر الرسول (بالعداء) بفتح العين المهملة ممدوداً ، اي التعدي والكذب في الاخبار بالإرسال (ضمن الحر) الآن المستعار في ذمته (و) ضمن (العبد في ذمته) لا في رقبته ،

ويتبع (ان عتق) سمع عيسى ابن القاسم وان اقر الرسول انه تعدى وهو حر ضمن وان كان عبداً كان في ذمته ان عتق يوماً ، ولا يلزم رقبته بإقراره، ولو قال الرسول اوصلت ذلك الى من بعثني لم يكن عليه ولا عليهم الا اليمين .

(وإن قال) أي الرسول (أوصلته) أي المستعار (لهم) أي الباعثين وأنكروا أيضاً (فعليه) أي الرسول اليمين أنه أوصلهم (وعليهم) أي الباعثين (اليمين) أنه لم يوصلهم وبرئوا . البناني ما ذكره المصنف في هذه المسألة كله نص سماع عيسى ابن القاسم وصدر به ابن يونس ، ثم قال وقال سحنون عن أشهب إذا قال العبد سيدي ارسلني وأوصلت العارية اليه أو تلفت وسيده منكر فذلك في رقبته ، كجنايته ولو كان حراً كان ذلك في ذمته وسألت عنها ابن القاسم فقال إن أقر السيد بارساله غرم ، وإن أنكره فذلك في رقبة العبد ، لأنه خدع القوم . أبو عمران أراد إن ثبت أخذه المعاربببينة .وقال ابن رشد ما في سماع سحنون هو الذي يأتي على ما في كتاب الوديعة منها ا هـ ، فتبين أن ما مشى عليه المصنف مخالف لها ولما قدمه في الوديعة في قوله ولو بدفعها مدعياً أنك أمرته بها ، إلى قوله ورجع على القابض .

طفى ومذهب المدونة [1] هو المعتمد وقول المصنف فعليه وعليهم اليمين الخ ، طفي لا يأتي على المشهور سواء أنكر الإرسال أم لا . أما الأول فكما تقدم ، وأما الثاني فلان الرسول دفع لغير اليد التي دفعت اليه بغير إشهاد فيغرم على المشهور ، صرح به في معين الحكام ، وقول الحط والزرقاني إن أقروا بالإرسال ضمنوا غير ظاهر .

---

(١) (قوله ومذهب المدونة) هو المعتمد وقد صرح ابن رشد بأن سماع عيسى هذا مخالف للمدونة ، ونصه باختصار ابن عرفة .في الوكالة في مسألة تشبه هذه ، ففي كون القول قول الموكل فيحلف ما وكله ويضمن الوكيل أو قوله لتصديق الدافع له قولان ، للآتي على ما في الوديعة منها مع قول أشهب ، وسماع سحنون ابن القاسم في كتاب العارية وسماعه عيسى فيه ا هـ ، فعلى المصنف الجري على مذهب المدونة اه طفي .

وَمُؤْنَةُ أَخذِهَا عَلَى الْمُسْتَعِيرِ ، كَرَدِّهَا عَلَى الأَظْهَرِ ،
وَفِي عَلَفِ الدَّابَّةِ ، قَوْلاَنِ .

(ومؤنة) بفتح الميم وضم الهمزة ، أي ما يصرف في (أخذها) أي العارية أي حلها لمكان مستعيرها (على المستعير) قاله في المقدمات . « ق » ابن رشد أجرة حمل العارية على المستعير ، وشبه في كونها على المستعير فقال (ك) مؤنة (ردها) أي العارية لمكان معيرها فانها على مستعيرها أيضاً (على الأظهر) عند ابن رشد من الخلاف . « ق » ابن رشد اختلف في أجرة رد العارية فقيل على المستعير وهو الأظهر ، لأن المعير فعل معروفاً فلا يغرم أجرة معروف صنعه .

(وفي) كون (علف الدابة) المستعارة وهي عند مستعيرها عليه أو على معيرها ، إذ لو كان على المستعير لكان كراء ، وربما يكون علفها أكثر من كرائها في زمن الغلاء ، فينتفي المعروف وتصير كراء (قولان) لم يطلع المصنف على أرجحية أحدهما على الآخر حكاهما أبو الحسن الصغير ، وظاهر كلامه طالت مدة العارية ، أم لا وهو كذلك . وقال بعض المفتين هو على المعير في الليلة والليلتين ، وعلى المستعير فيما زاد عليهما قاله تت . «ق » في الإستغناء بعض أصحابنا من استعار دابة أو شيئاً له نفقة فذلك على صاحبها ، وليس على المستعير منه شيء ، لأنه لو كان على المستعير لكان كراء ويكون العلف في الغلاء أكثر من الكراء ، ويخرج من عارية إلى كراء ولبعض المفتين إلا في الليلة والليلتين ، فذلك على المستعير . وقيل أيضاً في الليلة والليلتين على ربها ، وأما في المدة الطويلة والسفر البعيد فعلى المستعير كنفقة العبد المخدم ، وكأنه أقيس والله أعلم . البناني اللائق باصطلاحه التعبير بالتردد ، وتقدم جوابه مراراً بأن مراده إن وجد في كلامي فهو إشارة إلى كذا ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

★ ★ ★

﴿ باب ﴾

ٱلْغَصْبُ ، أَخْذُ مَالٍ ، قَهْراً ، تَعَدِّياً ، بِلاَ حِرَابَةٍ ،

(باب)

في بيان حقيقة الغصب وأحكامه

(الغصب) أي حقيقته شرعاً ، وأما لغة فهو أخذ شيء ظلماً . الجوهري غصب الشيء أخذه ظلماً والإغتصاب مثله (أخذ) بفتح فسكون مصدر مضاف لمفعوله ، جنس شمل المعرف وغيره ، واضافته لـ (مال) فصل مخرج أخذ غيره أخذاً (قهراً) فصل ثان مخرج أخذ مال بلا قهر باشتراء أو قبول هبة وصدقة وعارية ووديعة ورهن ، أو بسرقة أو اختلاس (تعدياً) أي ظلماً ، فصل ثالث مخرج أخذ مال قهراً بحق كأخذ دين ووديعة ودية وأرش جناية وعوض متلف ومسروق ومغصوب ممن هو عليه قهراً (بلا حرابة) أي مقاتلة ، فصل رابع مخرج الحرابة . ابن عرفة الغصب أخذ مال غير منفعة ظلماً قهراً لا بخوف قتال فيخرج أخذه غيلة ، إذ لا قهر فيه لأنه بموت مالكه وحرابة ، وقول ابن الحاجب مختصراً كلام ابن شاس أخذ المال عدواناً قهراً من غير حرابة يبطل طرده بأخذ المنافع كذلك ، كسكنى ربع وخربة وليس غصباً ، بل تعدياً ، وتعقب بتركيبه وهو وقف معرفته على معرفة حقيقة أخرى ليست أعم منه ولا أخص من أعمه .

وقول ابن عبد السلام ذكر القيود في الرسم بحرف السلب لا يحصل به تمييز ، بل يوجب إجمالاً ، فانك لا تشاء تقول مثل ذلك في حد أو رسم إلا قلته يرد بأن العدم الاضافي يفيد نفي ما كان محتملاً الثبوت ، إفادة ظاهرة ، ولذا صح وروده في النعوت في كلام العرب والقرآن ، كقوله تعالى ﴿ غير المغضوب عليهم ولا الضالين ﴾ ٧ الفاتحة ، والخاصية من الماهيات الجعلية الاصطلاحية يصح كونها عدمية ، ولذا لم يتعقب الأشياخ حد القاضي القياس بقوله حمل معلوم على معلوم في اثبات حكم لهما أو نفيه عنهما بأمر جامع بينهما من

اثبات حكم أو صفة أو نفيها باشتماله على قيدين عدميين ، مع كثرة ايراد الأسئلة عليه . وفي الذخيرة عرف بعضهم الغصب بأنه رفع اليد المستحقة ووضع اليد العادية قهراً .وقيل وضع اليد العادية قهراً ، وينبغي على التعريفين أن الغاصب من الغاصب غاصب على الثاني، لا على الأول ، لكونه لم يرفع اليد المستحقة .

(تنبيهات)

الأول : المراد بالأخذ الاستيلاء على المال وإن لم يحزه الغاصب لنفسه بالفعل ، فاذا استولى الظالم على مال شخص قهراً تعدياً فاستيلاؤه غصب ، ولو أبقاه بموضعه الذي وضعه ربه فيه .

الثاني : في المقدمات التعدي على رقاب الأموال سبعة أقسام لكل قسم منها حكم يخصه ، وهي كلها مجمع على تحريمها ، وهي الحرابة والغصب ، والاختلاس والسرقة والخيانة والادلال والجحد .

الثالث : في التنبيهاب الغصب يطلق في لسان العرب على أخذ كل ملك بغير رضا صاحبه من ذوات أو منافع ، وكذلك التعدي سراً أو جهراً أو اختلاساً أو سرقة أو خيانة أو قهراً ، غير أنه استعمل في عرف الفقهاء في أخذ أعيان المتملكات بغير رضا أربابها وغير ما يجب على وجه القهر والغلبة من غير ذي سلطان وقوة ، واستعمل التعدي عرفاً في التعدي على عينها أو منافعها ، سواء كان للمتعدي في ذلك يد باذن أربابها أو لم يكن كالقراض والودائع والاجارة والصناع والبضائع والعواري وفرق الفقهاء بين الغصب والتعدي بوجوه منها أن الغاصب يضمن المغصوب يوم غصبه ، لأنه يوم وضع يده عليه والمتعدي يوم التعدي وأن الغاصب يضمن الفساد اليسير والمتعدي لا يضمن إلا الكثير ، وأن المتعدي يضمن كراء ما تعدى عليه وأجرته بكل حال عند الامام مالك رضي الله تعالى عنه . وقال في الغاصب لا كراء عليه ، وفي هذه الأصول اختلاف بين أصحابنا معلوم .

الرابع : ابن عرفة معرفة حرمته في الدين ضرورية ، لأن حفظ الأموال إحدى الكليات التي اجتمعت الملل عليها .

وأَدَّبَ مُمَيِّزٌ كَمُدَّعِيهِ عَلَى صَالِحٍ ،

(وأدب) بضم الهمز وكسر الدال مشددة (غاصب مميز) بضم ففتح فكسر مثقلا ولو صبياً بضرب أو حبس باجتهاد الحاكم لدفع الفساد بين العباد كتأديبه على الزنا والسرقة وغيرهما تحقيقاً للإصلاح وتهذيباً للأخلاق، وتضرب البهائم للإستصلاح والتهذيب، ومفهوم مميز عدم تأديب غيره . « ق » ابن رشد يجب على الغاصب لحق الله تعالى الأدب والسجن على قدر اجتهاد الامام ليتناهى الناس عن حرمات الله تعالى ، إلا إن كان صغيراً لم يبلغ الحلم ، فان الأدب يسقط عنه لحديث رفع القلم ... الحديث . وقيل إن الامام يؤدبه كما يؤدب الصغير في المكتب ويؤخذ بحق المغصوب منه وإن كان صبياً لا يعقل . وقيل إنما أصابه هدر كالبهيمة العجماء . ابن عرفة ويؤدب فاعله لأنه ظلم . ابن رشد واللخمي وابن شعبان وغيرهم في حق الله تعالى الأدب والسجن بقدر اجتهاد الحاكم .

فان كان الغاصب صغيراً لم يبلغ السن ففي سقوط أدبه لرفع الاثم عنه وثبوته كما يؤدب في المكتب قولان ، والغصب بين الكافرين كالغصب بين المسلمين . ابن شعبان وكذا بين الزوجين وبين الوالد وولده ، وفي اغتصاب الوالد من ولده خلاف ، وبهذا أقول ويتعلق حق المغصوب منه بمال الصبي المميز في حالتها ، ويلزم الصبي المميز ما كسره من متاع أو أفسده أو اختلسه وما فعله من ذلك ضمنه ،وفيها من أودعته حنطة فخلطها صبي أجنبي بشعير للمودع ضمن الصبي ذلك في ماله . فان لم يكن له مال ففي ذمته وفي دياتها وإذا جنى الصبي أو المجنون عمداً أو خطأ بسيف أو غيره فهو كله خطأ تحمله العاقلة إن بلغ الثلث ، وإن لم يبلغه ففي ماله يتبع بها ديناً في عدمه . ابن رشد إن كان لا يعقل ففي اهدار جنايته في الدم والمال كالعجماء أو كالمميز ، ثالثها اهدار ما أصاب من مال واعتبار ما أصاب من الدم .

وشبه في التأديب فقال (ك) شخص (مدعيه) أي الغصب (على) شخص (صالح) أي عدل لا يتهم بالغصب فيؤدب له لجنايته على عرضه في كتاب الغصب منها ، ومن ادعى على رجل غصباً وهو ممن لا يتهم به عوقب المدعي . ابن عرفة عن آخر سرقتها

فإن كان من أهل الفضل وممن لا يشار اليه بهذا أدب الذي ادعى ذلك . قلت ظاهره أنه يؤدب مطلقاً وإن لم يكن على وجه المشاتمة . وفي النوادر إنما يؤدب المدعي على غير متهم بالسرقة إذا كان على وجه المشاتمة ، أما على وجه الشكوى فلا أفاده البناني .

(وفي حلف) الشخص (المجهول) حاله المدعى عليه بالغصب فإن حلف بريء، وإن نكل حلف المدعي وغرمه ، فإن نكل فلا شيء له وعدم حلفه قاله أشهب ، واستظهر (قولان) لم يطلع المصنف على أرجحية احدهما فيها عقب ما تقدم عنها ، وإن كان متهماً بذلك نظر فيه الإمام وأحلفه ، فإن نكل فلا يقضى عليه حتى يرد اليمين على المدعي كسائر الحقوق ا هـ . أبو الحسن ابن يونس الناس في هذا على ثلاثة أوجه ، فإن كان المدعى عليه الغصب ممن يليق به ذلك هدد وسجن ، فان لم يخرج شيئاً حلف وفائدة تهديده لعله يخرج عين المغصوب إذا كان تعرف عينه . وأما ما لا تعرف فلا فائدة لتهديده ، إذ لو اخرج به ما لا يعرف بعينه فلا يؤخذ حتى يقر آمناً ، وإن كان من وسط الناس لا يليق به غصب فلا تلزمه يمين ولا يلزم راميه به شيء ، وإن كان من أهل الخير والدين لزم القائل بذلك الأدب اهـ .

وفي آخر كتاب السرقة من النكت بعض شيوخنا من اتهم بالسرقة على ثلاثة أوجه ، مبرز بالعدالة والفضل لا شيء عليه ، ويؤدب له المدعى عليه ، ومتهم معروف بمثل هذا فيحلف ويهدد ويسجن على قدر ما يرى الحاكم من الإجتهاد فيه ، ورجل متوسط الحال بين هذين عليه اليمين ا هـ . اللخمي من ادعى عليه الغصب فالحكم في تعليق اليمين به وعقوبته يرجع الى حاله ، فان كان معروفاً بالخير والصلاح عوقب المدعي ، وإن لم يعرف بذلك وأشكل حاله فلا يعاقب المدعي ولا يحلف المدعى عليه ، وان كان ممن يشبهه ذلك ويساء به الظن يحلف ولا يعاقب المدعي . فان نكل حلف المدعي واستحق ، وان كان معروفاً بالتمدي والغصب يحلف ويضرب ويسجن ، فان تمادى على الجحود ترك واختلف إذا اعترف بعد التهديد على ثلاثة اقوال ، قيل لا يؤاخذ باقراره عين المدعى فيه أو لم يعينه ، لأنه مكره . وقيل إن عين المدعى فيه أخذ به والا فلا .

وقال سحنون يؤخذ باقراره عين المدعى فيه أم لم يعينه ، قال ولا يعرف هذا الا من ابتلى به ، أي القضاء وما شابهه ، لأن ذلك الإكراه كان بوجه جائز ، واذا كان من الحق عقوبته وسجنه اذا عرف من حاله أخذ باقراره ، وانما الاكراه الذي لا يؤاخذ به ما كان ظلماً أن يضرب ويهدد ما لا يجوز فعل ذلك به ، وقد أجمع الناس أن من اسلم بعد القتال والسيف أنه مسلم كالطائع بغير إكراه بحق ، ولو أكره ذمي على الاسلام فلا يكون اسلامه اسلاماً ان رجع عنه وادعى أنه كان للإكراه ، لأن الذمة التي عقدت لهم تمنع اكراههم فاكراههم ظلم .

ابن فرحون اذا كان المدعى عليه بذلك ليس من أهل التهمة فلا تجوز عقوبته اتفاقاً ، واختلف في عقوبة متهمه على قولين ، والصحيح أنه يعاقب ، ثم قال قال الباجي إذا كان المدعى عليه مجهول الحال فظاهر المذهب أن لا أدب على المدعي ، وعليه اليمين ، وفي الواضحة أنه يخلي سبيله دون يمين أفاده الحط .

(وضمن) الغاصب الشيء المغصوب (بـ) مجرد (الاستيلاء) عليه وحوزه ولو تلف بسماوي أو جناية غيره لقوله ﷺ على اليد ما أخذت حتى ترده ، لأن على للوجوب وقد رتبه ﷺ على وصف الأخذ فافاد أنه سبب للضمان . « ق » ابن عرفة مجرد حصول المغصوب في حوز الغاصب يوجب ضمانه ، ولو تلف بسماوي أو جناية غيره عليه . ابن يونس يضمنه يوم غصبه وان هلك من ساعته بأمر من الله تبارك وتعالى أو جناية غيره أو كان داراً فانهدمت . ابن عرفة مجرد الاستيلاء هو حقيقة الغصب فيوجب الضمان . روى ابن وهب من غصب عبداً فمات من وقته ضمنه ، وقاله ابن القاسم فيمن غصب داراً فلم يسكنها حتى انهدمت غرم قيمتها ، وقاله أشهب ، وذلك كله في العروض وغيرها ، ونص ابن عرفة ومجرد حصول المغصوب في حوز الغاصب يوجب ضمانه ولو تلف بسماوي أو بجناية غيره عليه ففيها ما مات من الحيوان أو انهدم من ربع بيد غاصبه بقرب غصبه أو بغير قربه بغير سببه يضمن قيمته يوم غصبه ، وان تعيب يضمن تمام قيمته .

ابن الحاجب ويكون بالتفويت بالمباشرة أو باثبات اليد العادية ، فالمباشرة كالقتل ، والأكل والاحراق واثبات اليد العادية في المنقول بالنقل ، وفي العقار بالاستيلاء وان لم يسكن . قلت قالوا ضمير يكون عائد على الضمان . ابن عبد السلام قوله اثبات اليد العادية في المنقول بالنقل هذا الوجه من وجهي اثبات اليد العادية سبب اتفاقاً ، وهو نقل ما يمكن نقله كالحيوان والثياب ينقلها الغاصب فتهلك تحت يده بأمر من الله تعالى ،وقوله في العقار بالاستيلاء وان لم يسكن هذا مذهب مالك والشافعي رضي الله تعالى عنهما خلاف مذهب أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه .

قلت فحاصل كلام ابن الحاجب وشارحيه ان غير العقار لا يتقرر فيه الضمان بمجرد الاستيلاء ، وليس المذهب كذلك ، بل مجرده حقيقة الغصب يوجبه ، فلو غصبته أمة أو غيرها من المتملكات فاستولى عليها بالتمكن من التصرف فيها دون ربها ضمنها وروايات المذهب واضحة بهذا لمن تأملها ، منها قول الباجي ، روى ابن وهب في المجموعة من غصب عبداً فمات من وقته بغير سببه ضمنه ، وقاله ابن القاسم فيمن غصب داراً فلم يسكنها حتى انهدمت ضمن قيمتها . قلت كذا في النوادر ، قال ومثله في الموازية . ابن عبدوس وقاله أشهب ، وذلك كله في العروض وغيرها ا ه ، « غ » تبع ابن الحاجب ابن شاس وعبارتها منسوجة على منوال وجيز الغزالي في هذا المحل ، وكلام المصنف هنا سالم من ذلك ، وإن كان قوله بعد هذا أو ركب يحتمل الإشارة اليه .

(وإلا) أي وإن لم يكن من الغاصب استيلاء على المغصوب (فتردد) في الضمان وعدمه ، وقد يمثل لهذا بمن فتح باب دار فيها دواب وأهلها فيها فذهبت فلا ضمان عليه عند ابن القاسم في المدونة لوجود الحافظ ، ويضمن عند أشهب إن كانت مسرحة لتيسر خروجها قبل علم أهل الدار ، واختاره جماعة قاله الشارح وتبعه تت ، وهو ظاهر سياق المصنف وإن كان لا يناسب تعبيره بتردد . وقال « غ » أي وإن لم يكن الغاصب مميزاً ، بل كان غير مميز فقد تردد المتأخرون هل الخلاف في تضمينه كما في نقل ابن الحاجب أو في المخرج له إلى التمييز كما ذكر ابن عبد السلام ، وذلك أن ابن الحاجب قال وأما غير المميز

فقيل المال في ماله والدم على عاقلته . وقيل المال هدر كالمجنون . وقيل كلاهما هدر ،فقال ابن عبد السلام جعل مورد الخلاف في هذه المسألة عدم التمييز وهو حسن في الفقه ، غير أن الروايات لا تساعده ، وإنما تعرضوا للتحديد فيها بالسنين ، فقيل ابن سنتين ، وقيل ابن سنة ونصف ، وقيل غير ذلك وقبله الموضح وأشار اليه هنا .

وأما ابن عرفة فقال قوله والروايات لا تساعده يرده بنقل ابن رشد ، إذ قال لا اختلاف في أن حكم الصبي الذي لا يعقل ابن سنة ونصف ونحوه في جنايته على المال والدم حكم المجنون الذي لا يعقل سواء . وقد اختلف في ذلك على ثلاثة أقوال ، أحدها : أن جنايتهم على المال في أموالهم وعلى الدم على عواقلهم إلا أن يكون أقل من الثلث ففي أموالهم .

والثاني أنها هدر في المال والدم .

والثالث : تفرقته في هذه الرواية بين المال والدم .

وأما إن كان الصبي يعقل فلا اختلاف في ضمانه ما جنى عليه من المال في العمد والخطأ وإن عمده في جنايته على الدم خطأ عليه من دية ذلك في ماله ما نقص عن ثلث الدية وعلى عاقلته الثلث فأكثر . وأما الكبير المولى عليه فحكمه في جنايته في الأموال والدماء حكم المالك أمر نفسه فيضمن ما استهلكه من الأموال ويقتص منه فيما جناه عمداً من الدماء .

(تنبيه)

قد علمت من كلام ابن رشد هذا أن الأقوال الثلاثة في الصبي الذي لا يعقل وفي المجنون على حد سواء وكذلك صرح بها في المجنون في أول رسم من سماع أشهب ، وفي رسم مرض من سماع ابن القاسم ، وذلك خلاف ما قبله . ابن عبد السلام وغيره من قول ابن الحاجب ، وقيل المال هدر كالمجنون المقتضى أنها لا تجري في المجنون ، ولم يتنازل ابن عرفة لهذا البحث ، وأنه لمن وظيفته ولامرية أن ابن الحاجب اختصر هنا كلام ابن شاس المختصر لكلام المقدمات ، ونصه اختلف إن كان صغيراً لا يعقل ، فقيل ما أصاب من الأموال والدماء هدر كالبهيمة العجماء التي جعل رسول الله ﷺ جرحها جباراً .

وقيل ما أصاب من الأموال في ماله وما أصاب من الدماء تحمله العاقلة إن بلغ الثلث وحكم هذا حكم المجنون المغلوب على عقله اهـ ، وهو راجع لما في البيان ، لأن المعنى وحكم الصبي الذي لا يعقل حكم المجنون في جريان الأقوال الثلاثة ، واختصار ابن شاس لا يأبى هذا التأويل ، لأنه نقل ما في المقدمات على ترتيبه ، وختمه بقوله كالمجنون فلا يمتنع انطباق هذا التشبيه على المسألة كلها حتى يرجع لما في البيان .

ولما فهم ابن الحاجب أن التشبيه قاصر على القول الذي يليه وقدم وأخر تحول المعنى فليتأمله من فتح الله تعالى له في الإنصاف والتحقيق ، وبالله تعالى التوفيق طفى إلا أنه يعكر على « ع » أن التردد في اختلاف الطريق يكون موضوعة واحداً وتختلف الطرق فيه ، والموضوع هنا متعدد ، إذ منهم من حكى الخلاف في السن ، ومنهم من حكاه في الضمان وعدمه ومن حكاه في محل لم يتعرض للمحل الآخر على أن ما نقله ابن عبد السلام لا يعد طريقة لرده . ابن عرفة فظهر أن الخلاف في الموضعين .

وشبه في الضمان فقال (كأن) بفتح الهمز وسكون النون حرف مصدري مقرون بكاف التشبيه صلته (مات) عبد مغصوب بيد غاصبه ساعة غصبه فيضمنه غاصبه (أو قتل) بضم فكسر (عبد) تنازع فيه مات وقتل قصاصاً في قتيله عمداً بعد غصبه فيضمنه غاصبه .

طفى كذا قرر ابن فرحون كلام ابن الحاجب وهو ظاهر ، إذ لو جنى قبل غصبه وقتل قصاصاً بعده فلا وجه لضمانه الغاصب ، ففي النوادر عن محمد لو جنى العبد قبل غصبه جناية وبعده أخرى على رجلين فقال أشهب يخير ربه ، فإن أسلمه لهما تبع الغاصب بنصف قيمته يوم غصبه إلا أن تكون أكثر من أرش جنايته على الثاني ، وإن شاء فداه بالأرشين وتبع غاصبه بالأقل من أرش الثانية ونصف قيمته يوم غصبه اهـ ، ونقله ابن عرفة فهذا يدل على أن الجناية السابقة على غصبه لا يضمنها الغاصب . « ق » فيها لابن القاسم ما مات من الحيوان أو انهدم من الربع بيد غاصبه بقرب غصبه أو بغير قربه بغير

سبب الغاصب فإنــــه يضمن قيمته يوم غصبه . ابن عرفة موت المغصوب بحق قصاص أو حرابة كموته .

(أو ركب) الغاصب الدابة المغصوبة فهلكت فيضمن قيمتها يوم غصبها ، وهـذا علم من سابقه بالأولى . ابن شاس من موجب الضمان إثبات اليـد في المنقول بالنقل إلا في الدابة فيكفي فيها الركوب ويثبت الغصب في العقار بالدخول وإزعاج المالك وبالاستيلاء عليه وإن لم يسكنه (أو ذبح) الغاصب الحيوان المغصوب فيضمن قيمته يوم غصبه إن شاء المغصوب منه ، وإن شاء أخذه مذبوحاً ولا شيء له غيره . تت في قوله أو ركب أو ذبح إشكال لأنه يضمن بمجرد الاستيلاء .

ابن عرفة الجلاب من غصب شاة وذبحها ضمن قيمتها وكان له أكلها . وقـال محمد بن مسلمة لربها أخذها وما بين قيمتها مذبوحة وحية ، ثم قال ابن عرفه ما ذكره ابن الحاجب وابن عبد السلام من إن ذبحها فوت يوجب قيمتها لم أعرفه في الذبح نصاً ، بل تخريجاً مما حكاه المازري في طحن القمح ، ثم قال قوله وقال بعضهم عن ابن القاسم ان ربها مخير ، هذا لابن القاسم في رسم الصبرة ،وقبله ابن رشد ولم يزد عليه شيئاً ولا ذكر في ان لربها أخذها مذبوحة خلافاً .

طفي لا شك أن قوله كان مات الخ مثال للمفوت الذي يوجب الضمان عنده ،لأن الاستيلاء موجب للضمان ، ولا يحصل إلا بفوت ، فقوله او ركب دابة إن عنى به مجرد الركوب فقد أوقعه في غير محله مع مناقضته لقوله وضمن بالاستيلاء ، وعلى هـذا يأتي إشكال تت ، وأصله لابن عبد السلام والتوضيح .

وتعقبه ابن عرفة قائلا ما حكاه من أن ذبحهـــا مفيت يوجب قيمتها لم أعرفه نصاً ، فقول تت فيهما إشكال الخ فيه نظر لأنه لا إشكال في هـذه من الوجه الذي ذكره ، وإنما هو في الأولى على وجه كما سبق ، وإنما الإشكال في الثانية من إنكار ابن عرفة لا مما قاله ، فقوله ولذا قال ابن عرفة الخ فيه نظر ، ثم إن جمعاً من شارحيه قرروه على أنه في الذبح بالخيار في أخذها مذبوحة ، وما نقصها الذبح او الزامــــه قيمتها وليس كذلك ،

بل المعتمد أنه إن اختار أخذها فليس له ان يأخذ ما نقصها ، وإنما القائل بذلك محمد بن مسلمة فقط .

اللخمي ليس له ان يأخذها مذبوحة ولا شيء له او يضمنه قيمتها ، قالـه مالك وأصحابه وأخذ بـه سحنون في المجموعة . وقال ابن القاسم قال محمد بن مسلمة لـه أخذه وما بين قيمته مذبوحاً وحياً ا هـ ، ونحوه في النوادر ، ولم يعز ابن شاس ولا ابن الحاجب أخذها وما نقصها إلا لابن مسلمة ، ولا فرق فيما ذكر بين الغصب والتعدي .

(أو جحد) المودع بالفتح (وديعة) ثم تلفت أو ضاعت فيضمنها لأنه صار غاصباً لها بجحدها ابن شاس جحدها من مالكها بعد طلبها والتمكن من ردها موجب لضمانها ، بخلاف جحدها من غيره (او أكل) من شخص الطعام المغصوب حال كونه متلبساً (بلا علم) بأنه مغصوب فانه يضمنه إن كان الغاصب عديماً او لم يقدر على تغريمه ، ثم لا يرجع الآكل على الغاصب لمباشرته إتلافه ، فان كان ملياً ضمنه غاصبه لتسببه في إتلافه . «ق» فيها لمالك «رض» من غصب طعاماً أو إداماً او ثياباً ثم وهب ذلك لرجل فأكـل الطعام والإدام ولبس الثياب حتى أبلاها ولم يعلم بالغصب ثم استحق ذلك رجل فليرجع بذلك على الواهب ان كان ملياً ، وإن كان عديماً او لم يقدر عليه رجع بذلك على الموهوب له ثم لا يرجع الموهوب له على الواهب بشيء .

ابن المواز وقال أشهب يتبع أيهما شاء كما قال الإمام مالك «رض» في المشتري يأكل الطعام او يلبس الثياب ان للمستحق ان يتبع أيهما ويبتدىء بأيهما شاء . ابن القاسم وإن كان الواهب غير غاصب فلا يتبع إلا الموهوب المنتفع . ابن يونس هذا خلاف في مكري الأرض يحابى في كرائها ثم يطرأ له أخ يشركه ، وقد علم به او لم يعلم ، فانما يرجع بالمحاباة على أخيه إن كان ملياً ، فان لم يكن له مال رجع على المكتري فقد ساوى في هذا بين المتعدي وغيره ، وهذا أصله في المدونة أنه يرجع أولا على الواهب إلا أن يعـدم فيرجع على الموهوب ، إلا ان يكون الموهوب عالماً بالغاصب فهو كالغاصب في جميـع

أموره ، ويرجع على أيها شاء . ابن يونس وقول أشهب أقيس ولا يكون الموهوب أحسن حالا من المشتري ، وبه أقول .

(أو أكره) شخص شخصاً (غيره على التلف) أي إتلاف شيء لغير المكره فيضمنه المكره بالكسر ان كان المكره بالفتح عديماً ، او لم يقدر على تغريمه ، وإلا فيضمنه تقديماً للمباشر على المتسبب . «ق» سئل سحنون عن رجل من العمال أكره رجلاً ان يدخل بيت رجل ليخرج منه متاعاً يدفعه اليه فأخرجه ودفعه اليه ، ثم عزل ذلك العامل الغاصب فالمغصوب منه طلب ماله ممن شاء منهما ، فان أخذه من المباشر فله الرجوع به على من أكرهه ، وللمباشر طلب العامل اذا كان المغصوب منه غائباً لأنه يقول أنا المأخوذ به اذا جاء صاحبه . ابن رشد في هذا نظر ، ومقتضى النظر انه يوقف لصاحبه عند امين ، ولا يمكن منه المباشر .

ابن عرفة الأظهر تمكينه منه ، ولسحنون ايضاً من أكره على رمي مال غيره في مهلكة ففعل ذلك بإذن ربه بلا إكراه فلا شيء عليه ولا على من أكرهه ، وإن أكره ربه على الإذن فالفاعل ضامن ، فان كان عديماً فالضمان على الذي أكرهه ولا رجوع له على الفاعل اذا ايسر . ابن عرفة مفهوم قوله ان كان عديماً انه لا غرم على الآمر المكره هو خلاف قوله في نوازله ، ويفرق بينهما بأن المال المكره على اخذه قبضه الآمر المكره في مسألة نوازله فناسب كونه احد الغريمين على السوية . انظر ابن عرفة ونصه عقب ماتقدم والمال المكره على اخذه في مسألة ابن سحنون ليس مآله لانتفاع الآمر به ، فناسب كون غرمه مشروطاً بفلس الفاعل .

فإن قلت في ضمان الفاعل مع استناده لإذن المالك المكره على إذنه نظر ، لأن كلا من فعل الفاعل واذن المالك سبب عن إكراه الآمر لهما ، فإن كان فعل المكره لغواً فلا ضمان على الفاعل وإن كان معتبراً كان إذن المالك معتبراً ، ومتى كان معتبراً لم يكن الفاعل متعدياً فلا يضمن . قلت يجاب بأن المكره عليه ان كان قولا كان لغواً ، وان كان

فعلا كان معتبراً حسبما تقدم في طـــلاق المكره ، ويأتي ان شاء الله تعالى في الزنا والمكره عليـه في حق الفاعل فعل يوجب اعتباره ، وفي حق المالك قول يوجب لغوه فكأنه لم يأذن ا هـ .

الحط في المسائل الملقوطة العمد والخطأ والإكراه في اموال الناس سواء يوجب ضمانها وهو من خطاب الوضع فلا يشترط التكليف والعلم ، فلا فرق في الإتلاف بـــين الصغير والكبير والجاهل والعالم والمكره والطائع ولا يلتفت للضرب والحبس وغير ذلك من أنواع التهديد والإكراه في مال نفسه ينفعه الرجوع فيه ا هـ . وفي النوادر اتفق العلماء على أنه لو جاء ظالم يطلب إنساناً مختفياً ليقتله أو يطلب وديعة إنسان ليأخذها غصباً ، فسأل عن ذلك وجب على من علم ذلك إخفاؤه وإنكار العلم به اهـ . ابن ناجي يجب الكذب لإنقاذ مسلم أو ماله .

ابن عرفة الشيخ محمد بن سحنون قولهم الكفر والقذف لا يباح في الضرورة كما أبيحت الميتة أفسدوه بإجماعهم معنا على أن من أكره بتهديد بقتل او قطع عضو او ضرب يخاف منه تلفه على أخذ مال فلان يدفعه لمن أمره وأكرهه أنه في سعة من أخذ مال الرجـل ودفعه اليه ويضمن الآمر ولا يضمن المأمور . قال من حالفنا وإنمـا يسعه هذا ما دام حاضراً عنده الآمر ، فلو أرسله ليفعل ذلك فخاف إن ظفر به ان يفعل به ما هدده به فلا يسعه فعل ذلك الا أن يكون معه رسول الآمر فخاف أن يرده اليـه إن لم يفعل فيكون كالحاضر . محمد إن رجا المكره الخلاص إن لم يفعل فلا يسعه الفعل كان معه رسول أم لا ، وإن لم يأمن نزول الفعل به وسعه كان معه رسول أم لا ، وإن هدده على أن يأخـذ مال مسلم يدفعه له فأبى فقتله كان عندنا في سعة وإن أخذه كان في سعة .

(أو حفر بئراً تعديا) بأن حفرها في طريق المسلمين أو في ملك غيره بغـــير إذنه فتلف فيها آدمي أو غيره فيضمنه حافرها لتسببه في تلفه ، ومفهوم تعديا أنه لو حفرها في ملكه او ملك غيره بإذنه فلا يضمن ما يهلك فيها وهو كذلك .

وَقُدِّمَ عَلَيْهِ ٱلْمُرْدِي، إِلاَّ لِمُعَيَّنٍ فَسِيَّانِ،

(و) إن حفر بئراً تعدياً وارداه غيره فيها آدمياً أو حيواناً (قدم) بضم فكسر مثقلا في الضمان الشخص (المردى) بضم الميم وسكون الراء وكسر الدال، أي المسقط على الحافر، لأن المردي مباشر والحافر متسبب، والأول مقدم على الثاني فيه في كل حال (إلا) الحافر تعدياً (ل) قصد إتلاف شخص (معين) بضم ففتح مثقلا وأراده غيره فيها فمات (ف) الحافر والمردي (سيان) بكسر السين وشد التحتية في القصاص منهما إن كان المعين آدمياً وضمان القيمة إن كان غيره . ابن عرفة فيها مع غيرها من حفر بئراً أو غيرها حيث لا يجوز له، أو حيث يجوز له لما لا يجوز له ضمن ما هلك بذلك .

« ق » ونصها مالك رضي الله تعالى عنه من حفر حفيراً في دار رجل بغير إذنه فعطب فيه إنسان ضمنه الحافر، وإذا حفر حفيراً في داره أو جعل حبالة ليعطب بها سارقاً فعطب به السارق أو غيره فهو ضامن لذلك . أشهب لأنه احتفر لما لا يحل . مالك رضي الله تعالى عنه وإن جعل في حائطه حفيراً للسباع أو حبالة فلا يضمن ما يعطب به من سارق أو غيره، وإن جعل بباب جنانه نصباً تدخل في رجل من يدخله أو اتخذ تحت عتبته مسامير لمن يدخله أو رش ماء يريد به زلق من يسلكه من دابة أو إنسان أو اتخذ فيه كلباً عقوراً فهو ضامن لما أصيب من ذلك، ولو رشه لغير ذلك فلا يضمن ما يعطب به كحافر بئر في داره لحاجته لا لإرصاد سارق فهو مفترق .

ابن شاس يجب الضمان على من حفر بئراً في محل عدواناً فتردت فيه بهيمة أو انسان فإن رداه غيره فعلى المردي تقديماً للمباشر على المتسبب . ابن عرفة كذا نقله الطرطوشي في مسألة حل القفص الآتية وعارضها ابن عبد السلام بتسوية سحنون بين المكره غيره على ان يخرج له مال رجل من بيته ويدفعه له مع أن المكره متسبب والمأمور مباشر . وأجاب بأن التسبب بالإكراه أشد من التسبب بالحفر . قلت الحق انهما سواء في مسألة سحنون مباشران معاً ضرورة مباشرة الآمر المكره أخذ المال من مخرجه واستقراره بيده والآخذ من الغاصب العالم بالغصب غاصب . « ق » قوله إلا لمعين نسيان هذا قول القاضي

أبي الحسن ابن شاس . وقال ابن هرون يقتل المردي دون الحافر تغليباً للمباشرة. ابن‌عرفة الاظهر على رواية ابن القاسم يقتل المردي إلا أن علم بتقدم فعل الحافر وقصده فيقتلان‌معاً كبينة الزور مع القاضي العالم بزورها.

(أو فتح قيد عبد) قيد (لئلا يأبق) فأبق فيضمنه الفاتح سواء أبق عقب فتحه أو بعده ، ومفهوم لئلا يأبق أنه لو قيد نكالاً فلا يضمنه من فتح قيده « ق » في لقطتها من حل عبداً من قيد قيد به لخوف إباقه فذهب العبد ضمن (أو) فتح باباً (على)حيوان (غير عاقل) من بهيمة أو طير فذهب فيضمنه الفاتح لتسببه في ضياعه « ق » في لقطتها من فتح باب قفص فيه طير فذهب الطير ضمن ومن حل دواب من مرابطها فذهبت ضمنها كالسارق ويدع باب الحانوت مفتوحاً وليس فيه ربه فيذهب ما في الحانوت فالسارق يضمنه (إلا) فتحه (بمصاحبة ربه) فيذهب ما فيه فلا يضمنه الفاتح إلا الطير لأنه لا يمكن رده عادة « ق » في لقطتها من فتح باب دار فيها دواب فذهبت ، فإن كانت الدار مكونة فيها أهلها فلا يضمن ، وإن لم يكن فيها أربابها فيضمن ولو كان فيها ربها نائماً فلا يضمن ، وكذلك السارق يدع الباب مفتوحاً وأهل الدار فيها نيام أو غير نيام فلا يضمن ما ذهب بعد ذلك ، وإنما يضمن إذا ترك الباب مفتوحاً وليس أرباب البيت فيه .

ابن عرفة المازري في حل رباط زق مملوء زيتاً لرجل أبقاه مستنداً كما وجده فأسقطه رجل فقال أصحاب الشافعي رضي الله تعالى عنه لا ضمان على من حله سقط بفعل آدمي أو ريح وضمنوا من أسقطه غير قاصد إتلاف ما فيه ، لأنه المباشر اتلافه ، وفيه نظر ، والأولى اشتراكهما في ضمانه إذا علم انه لو سقط مربوطاً لا يذهب ما فيه ، ولو بقي محلولاً لا يسقطه أحد لا يذهب ما فيه لأن التلف إنما حصل بفعلهما ولو انفرد أحدهما لم يحصل فهما كرجلين أخرجا شيئاً ثقيلا من حرز لو انفرد أحدهما به لا يقدر على إخراجه فانهما يضمنانه معاً . الصقلي لابن حبيب عن الأخوين من جلس على ثوب رجل في الصلاة فقام

ربه وهو تحت الجالس فتقطع لا ضمان على الجالس ، إذ لا يجد الناس من هـذا بداً في صلاتهم . قلت والأظهر كونه منهما كمحرم جلس على صيد محرم فقتله ، وفي لقطتها من فتح باب قفص فيه طير فذهب الطير ضمن .

(أو فتح حرزاً) بكسر الحاء المهملة وسكون الراء أي بيتاً أو حانوتاً أو مطموراً أو قبراً مثلا فيه مال وتركه مفتوحاً فذهب منه شيء فيضمنه فاتحه . قال الشارح على التفصيل السابق ، ثم بين ما يضمنه الغاصب فقال (و) يضمن الغاصب الشيء (المثلي) بكسر فسكون أي المكيل والموزون والمعدود إذا عيبه أو أتلفه اذا ساوى سعره وقت تضمينه سعره وقت غصبه ، بل (ولو) غصبه (بغلاء) وحكم عليه به وقت رخاء فيضمنه (بمثله) أي المثلي كيلا أو وزناً أو عدداً وصفة وكذا عكسه . « ق » ابن رشد المثلي المكيل والموزون والمعدود الذي لا تختلف أعيان عدده كالجوز والبيض فيها لمالك رضي الله تعالى عنه من غصب لرجل طعاماً أو إداماً فاستهلكه فعليه مثله بموضع غصبه منه ، فإن لم يجد هناك مثله لزمه أن يأتي بمثله إلا أن يصطلحا على أمر جائز .

اللخمي اختلف إن غصبه طعاماً ما في شدة ثم صار إلى رخاء هل يضمن مثلا أو قيمته وعلى أنه يغرم قيمته فيغرم أعلى القيمة . المازري المشهور أن الحكم لا يتغير بذلك ويقضى بمثله اهـ. الحط هذا إذا فات المغصوب ، أما إذا كان موجوداً بيد الغاصب وأراد به أخذه والغاصب اعطاء مثله فلربه أخذه . ابن رشد اذا كان الحرام قائماً عند آخـذه لم يفت وجب رده بعينه إلى ربه ومالكه ، وسواء كان له أي الغاصب مال حلال أو لم يكن ولا يحل لأحد ان يشتريه منه إن كان عرضاً ولا يبايعه فيه إن كان عيناً ولا يأكله إن كان طعاماً ولا يقبل منه شيئاً هبة ولا يأخذه منه في حق كان له عليه ومن فعل شيئاً من ذلك وهو عالم كان سبيله سبيل الغاصب ، لأن ذلك لا يقطع تخيير صاحبه في أخذه ، وكذلك ايضاً لو افاته الغاصب إفاتة لا تقطع تخيير صاحبه في اخذه مثل ان تكون شاة فيذبحها او بقعة فيبنيها داراً او ثوباً فيخيطه او يصبغه او ما اشبه ذلك .

ولو افاته الفاتة يلزمه بها القيمة او المثل فيما له مثل وسقط خيار ربه في اخــذه عند بعض العلماء كفضة صاغها حلياً وصفر صنعه قدحاً وخشب صنعه توابيت او ابواباًوصوف وحرير و كتان عمله ثياباً وما اشبه ذلك لما جاز لأحد ان يشتريه لخلاف من قال من العلماء لرب هذه الاشياء اخذ فضته مصوغة وصفره مصنوعــاً وخشبه معمولاً وصوفه وحريره وكتانه منسوجاً دون شيء يكون عليه للغاصب ، لقول رسول الله ﷺ ليس لعرق ظالم حق ، روى بتنوين عرق على ان ظالماً نعته ، وبعدمه لإضافته له ، وفي النكت عرق الظالم ما يحدث في المغصوب.

ابن شعبان العروق أربعة ظاهران البناء والغرس ، وباطنان الآبار والعيون ، ابن بشير اتفقوا على أن الدنانير والدراهم تتعين بالنسبة إلى من كان ماله حراماً أو فيــه شبهة ، فإذا أراد من هو من أهل الخير أخذ عين دنانيره ودراهمه من الغاصب الذي ماله حرام أو فيه شبهة مكن من ذلك باتفاق . وفي الجلاب ومن غصب دراهم فوجدها ربها بعينها وأراد أخذها وأبى الغاصب أن يردها وأراد رد مثلها فذلك للغاصب دون ربها قاله ابن القــاسم وقال الأبهري ذلك لربها دون غاصبها . وقال غيره لم يقل هذا ابن القاسم فيه ، وإنما تؤول عليه هذا في البيع ولا شبهة ، وهو ما في كتاب السلم فيمن أسلمته في طعام ثم أقالك قبــل التفرق ودراهمك في يده فأراد أن يعطيك غيرهــا فذلك له وإن كنت شرطت عليــه استرجاعها بعينها سلمان البحيري ما في الجلاب عن ابن القاسم خلاف المشهور . التلمساني في شرح الجلاب والقرافي عنها في كتاب الشفعة ما يدل على أن لربها أخذهــا فعلم مما تقــدم أنه ليس للغاصب أن يحبس المثلي ويدفــع مثله حيث لم يحصل فيه مفوت ، والله أعلم .

(و) إذا غصب مثلياً في إبانه وفات وانعدم المثلي بفوات آبانه (صبر) المغصوب منه (لوجوده) أي المثلي في إبانه في العام القابل عند ابن القاسم فيها فليس له طلب الغاصب بمثله قبل إبانه . وقال أشهب له ذلك . ابن عرفة لو فقد المثلي حين طلبه فقال ابن القاسم ليس عليه إلا مثله ، اللخمي أراد أنه يصبر حتى يوجد أشهب يخــير الطالب في الصبر أو

وَلِبَلَدِهِ وَلَوْ صَاحِبَهُ ، وَمُنِـعَ مِنْهُ لِلتَّوَثُّقِ ، وَلاَ رَدَّ لَهُ :

القيمة (و) إذا غصب مثلياً في بلد وانتقل الغاصب لبلد آخر ولقيه المغصوب منه فيه صبر وجوباً حتى يرجع الغاصب (لبلده) أي الغصب إن لم يكن المغصوب مع الغاصب في البلد الذي انتقل اليه ، بل (ولو صاحبه) أي المغصوب الغاصب في البلد الذي انتقل اليه فلا يلزمه دفعه فيه عند ابن القاسم لقوله لا يلزمه إلا مثله في بلد الغصب . وأشار بولو إلى قول أشهب يخير المغصوب منه بين أخـذه فيه أو في مكان الغصب ، وسواء كان البلد الذي هو فيه قريباً من بلد الغصب أو بعيداً منه وهو كذلك عند ابن القاسم ومن وافقه .

« ق » فيها لمالك رضى الله تعالى عنه وإن لقيه ربه بغير البلد الذي غصبه فيه فلا يقضى عليه هناك بمثله ولا قيمته ، وانما له عليه مثله بموضع غصبه فيه في الذخيرة نقل المغصوب تشعبت فيه المذاهب واضطربت فيه الآراء وتباينت بناء على مـلاحظة أصول وقواعد ، منها أن الغاصب لا ينبغي أن يغرم كلفة النقل ، لأن ماله معصوم كالمغصوب منه ، وفي المجموعة روى ابن القاسم عن مالك رضى الله تعالى عنهما في الطعام يسرق فيجده ربه بغير بلد فليس له أخذه ، وإنما له أن يأخذ الغاصب أو السارق بمثله في موضع سرقته أو غصبه . ابن القاسم لو اتفقا على أخذه بعينه أو مثله بموضع نقله أو يأخذ فيه ثمناً جاز بمنزلة بيع طعام القرض قبل قبضه ولو لم يكن الطعام معه ، فقال ابن القاسم يصبر لقدومه بلد الغصب ليغرمه مثله . ابن عرفة وفي غير الطعام طريقان . ابن رشد سمع ابن القاسم نقله من بلد لآخر فوت في الرقيق والعرض لا الحيوان .

(و) إذا لقي المغصوب منه الغاصب بغير بلد الغصب ومعه المغصوب (منع) بضم فكسر الغاصب (من) أن يتصرف بنحو بيع الا (ه) أي المغصوب المثلى (للتوثق) على الغاصب للمغصوب منه برهن أو ضامن اتفاقاً « ق » أصبغ إن كان البلد بعيداً فالقول ما قاله ابن القاسم ، ويتوثق لرب الطعام بحقه . ابن عرفة من لقي من غصبه بغير بلد غصبه والطعام معه فقال ابن الحاجب لا خلاف أن الغاصب يمنع منه حتى يتوثق منه .

(و) إن طلب المغصوب منه من الغاصب رد المثلي لبلد غصبه ليأخذه بعينه ف(لا رد له)

ابن عرفة معروف المذهب أنه ليس لربه جبر الغاصب على رده لبلده ، وأجاب ابن رشد عمن أكرى ملاحاً على حمل تين من اشبيلية إلى سبتة فحمله إلى سلا بغرم الملاح مثل التين باشبيلية ، وحمله إلى سبتة فقيل له افتى غيرك بوجوب رد الملاح إلى سبتة وهو في ضمانه حتى يصل اليها فقال ذكر هذا ابن حبيب ، وما قلته هو قول ابن القاسم .

(تنبيهان)

الأول : تت قوله ولا رد له مستغنى عنه بقوله وصبر لبلده .

الثاني : الشارح يحتمل أن المصنف أراد بقوله ولا رد له أن المغصوب منه مثلي ولم يوجد مثله وحكم له بقيمته ثم وجد المثل فلا يرد له لأنه حكم مضى ، قال وإنما يأتي هذا على قول أشهب وهو خلاف قول المغيرة من غصب خشبة من عدن وأوصلها لجدة بمائة دينار فلربها تكليفه ردها أو أخذها بعينها اه ، تت فيه نظر ، لأن كلام المصنف في المثلي والخشبة من المقوم . طفي الشارح صدر بقوله يحتمل أن يريد أن الغاصب إذا حكم عليه بالقيمة لعدم المثل على القول بذلك ثم وجد المثل فإنه لا رد له لأنه حكم مضى ، ثم ذكر الاحتمال الذي قرر به تت ، ثم قال وهو خلاف قول المغيرة من غصب خشبة من عدن وأوصلها لجدة بمائة دينار فلربها أن يكلفه بردها أو أخذها بعينها . فقال تت وفيه نظر ، لأن كلام المصنف من المثلي والخشبة من المقوم اه ، وتنظيره في كلام الشارح فيه نظر ، لأنه قرر كلام المصنف بالمثلي كما قرره تت ، ونصه ويحتمل أن يريد أنه ليس له أن يلزم الغاصب أن يرد المثلي إلى بلد الغصب اه .

ثم ذكر بعد ذلك خلاف المغيرة وإن كان كلامه في المقوم ، وبهذا تعلم ما في قول تت ومثل له بمثال ، لأنه لم يمثل للاحتمال الذي ذكره . ولما ذكر الشارح الاحتمالين قال ويحتمل غير ذلك ، وأنت إذا تأملت كلام الأئمة تأمل تحقيق ظهر لك أن قول المصنف ولا رد له هنا ، وإنما محله عند ذكر المقوم ، إذ لا معنى له هنا لأنه إذا كان ليس له أخذه فكيف يتوهم أن له أن يلزمه برده حتى يحتاج إلى نفيه ، وكيف يخالف المغيرة

كَإِجَازَتِهِ بَيْعَهُ مَعِيباً زَالَ ، وقَالَ أَجَزْتُ لِظَنٍّ بَقَائِهِ :

فيه ، ولذا صرح تت بأنه مستغنى عنه بقوله وصبر لبلده . وفي المقوم ذكره ابن عرفة فقال ومعروف المذهب أنه ليس لربه جبر الغاصب على رده لبلد الغصب ، وللمغيرة لمن نقل خشبة من عدن إلى آخر ما تقدم . وهكذا فرض المسألة ابن التلمساني في شرح الجلاب ، وهكذا غيره من أئمة المذهب ، وذكرها المصنف في معرض المثلي في توضيحه ومختصره تبع فيه ابن عبد السلام إلا أنهما لم يصرحا بفرضها في المثلي ، فلعل ابن عبد السلام ذكرها في معرض الكلام على المثلي على سبيل الاستطراد ، بخلاف المصنف في توضيحه ، فإنه لما تكلم على المثلي قال فرع فلو أراد المغصوب منه تكليف الغاصب برد شيه إلى مكان الغصب فليس له ذلك على المشهور خلافاً للمغيرة اه ، فلفظ فرع يدل على أن كلامه في المثلي ، وجرى على ذلك في مختصره مع أنه نقل خلاف المغيرة في الخشبة كما تقدم ، وبهذا يظهر لك أن تقرير الشراح بالمثلي لا سلف لهم فيه ، بل مجرد اغترار بظاهر كلامه والله الموفق ، وسلمه البناني .

وشبه في عدم الرد فقال (كإجازته) بالزاي ، أي إمضاء المغصوب منه من إضافة المصدر لفاعله ومفعوله قوله (بيعه) أي الغاصب من إضافة المصدر لفاعله أيضاً ، ومفعوله قوله مغصوباً (معيباً) بعيب قديم سابق على غصبه (زال) عيبه عند المشتري من الغاصب ولم يعلم المغصوب منه بزواله حين إجازته بيعه ، ثم علم به وأراد رد بيع الغاصب (وقال) المغصوب منه إنما (أجزت) بيعه (لظن)ي ب(بقائه) أي العيب فلا رد له لتفريطه في عدم البحث عنه قبل إجازة بيعه .

« ق » فيها من غصب أمة بعينها بياض فباعها ثم ذهب البياض عند المبتاع وأجاز ربها بيعها ، ثم علم بذهاب البياض فقال إنما أجزت البيع ولم أعلم بذهابه . وأما الآن فلا أجيزه فلا يلتفت إلى قوله ولزمه البيع ، وقد قال مالك «رض» في المكترى يتعدى المسافة فتضل الدابة فيغرم قيمتها ثم توجد فهي للمكترى ولا شيء لربها وفيها .

أبو الحسن أنظر قوله لو ذهب البياض عند المبتاع فمفهومه لو ذهب عند الغاصب لكان

الحكم خلاف هذا . ابن يونس بعض الفقهاء لو ذهب عند الغاصب وأجاز البيع لا نبغي أن له التكلم لوقوع البيع على غير الصفة التي يعرفها فيقول إنما أجزت البيع على ما كنت أعرف . ابن يونس يقول إنما أجزت بيع جارية عوراء بهذا الثمن ولو علمت أن بياضها قد زال قبل بيعها ما بعتها بهذا الثمن . وأما التي بيعت عوراء فقد بيعت على ما كان يعرف فقد رضي بتسليمها على ذلك الحال فلا حجة له . ابن يونس يحتمل أن يقال لا حجة في الوجهين لأنه لو شاء استثبت ولم يعجل وهو حجة مالك «رض» في الأولى . عبد الحق لا حجة له في الوجهين ، وقول مالك «رض» لو شاء لم يعجل يعم الوجهين .

وشبه في عدم تسلط المغصوب منه على أخذ عين المغصوب المعلوم من قوله ولبلده فقال (كنقرة) بضم النون وسكون القاف ، أي قطعة مسبوكة من ذهب أو فضة وقبل سبكها تسمى تبراً (صيغت) حلياً بعد غصبها فليس لربها أخذها مصوغة عند ابن القاسم لفواتها بالصياغة ، وإنما له مثلها وزناً وصفة . « ق » ابن يونس لو غصبه سويقاً فلته فإنما عليه مثله ، ولا يجوز أن يتراضيا أن يأخذه ويعطيه مثل مالته به من سمن وعسل لأنه تفاضل بين الطعامين ، وكذلك لو ضرب الفضة دراهم أو صاغها فلا يجوز له أخذها ويعطيه أجرته التفاضل بينهما .

(و) كـ(طين لبن) بضم اللام وكسر الموحدة مشددة أي ضرب لبناً بعد غصبه فليس لربه أخذه لفواته ، وإنما له مثل طينه إن علم قدره وإلا فقيمته (و) كـ (قمح) غصب و(طحن) بضم فكسر فليس لربه أخذه لفواته بطحنه إنما له مثله عند ابن القاسم في المدونة وغيرها (و) كـ (بذر) بفتح فسكون منوناً (زرع) بضم فكسر ، أي طرح على الأرض للنبات بعد غصبه فليس لربه إلا مثله ، فيها لمالك «رض» إن عمل الغاصب من الخشبة باباً أو غصب تراباً فعمل منه بلاطاً أو غصب حنطة فزرعها وحصل منها حب كثير أو غصب سويقاً فلته بسمن أو غصب فضة فصاغها حلياً أو ضربها دراهم فعليه في هذا كله مثل ما غصب في صفته ووزنه وكيله أو القيمة فيما لا يكال ولا يوزن ، وكذلك

في السرقة . ابن القاسم مـــن غصب قمحاً فطحنه ضمن مثله ولا يمكن رب القمح من أخذ الدقيق . وقال أشهب له أخذه واتفق على أنه إن طحن القمح سويقـــا ولته فليس له أخذه .

(و) كـ(بيض) لدجاج أو حمام أو أوز غصب وحضن حتى (أفرخ) أي صار فراخـاً فليس لربه إلا مثله والفراخ للغاصب (إلا) فراخ (مـا) أي الطير الذي (باض) فهي لربه (إن حضن) الطير بيضه كدجاج وحمام وأوز ، وظاهره ولو كان الذكر للغاصب وهو كذلك . ومفهوم الشرط أنه لو حضنه تحت غيره أو غصب الطير وحضنه بيض غيره لكانت الفراخ للغاصب ، وعليه أجرة الحضن ، وهو المذكور قبل الاستثناء .

« ق » أشهب من غصب بيضة فحضنها تحت دجاجته فخرج منها دجاجة فعليه بيضة مثلها كغاصب القمح يزرعه فعليه مثل القمح والزرع له ، ولو غصب دجاجة فباضت عنده فحضنت بيضها ففراخها لربها كالولادة ، ولو حضن بيض المغصوبة تحت دجاجة الغاصب وبيض دجاجته تحت المغصوبة فاخرج من الفراريج الغاصب والدجاجة لربها ، وله مثل بيضها وفيا حضنت كراء مثلها .

ابن المواز مع ما نقصها إلا أن يكون نقصاناً بيناً فلربها قيمتها يوم غصبها ، ولا شيء له من بيضها ولا من فراريجها . ولو غصب حمامـــة فزوجها ذكراً له فباضت وأفرخت فالحمامة وفراخها لربها ولا شيء لغاصبها فيا أعانها ذكره من حضانته ، ولربها فيا حضنت من بيض غيرها قيمة حضانتها ، ولا شيء له فيا حضنه غيرها من بيضها وإنما له بيض مثل بيض حمامته إلا أن يكون عليه في أخذ مثل بيضها ضرر في تكلف حمامة تحضنه فله أن يغرم الغاصب قيمة البيض .

(و) كـ (عصير) غصب و (تخمر) بفتحات مثقلا ، أي صار خمراً بعد غصبه فلربه عصير مثله لفواته بانقلابه لما لا يجوز تملكه . المازري إن غصب مسلم من مسلم خمراً فأراقها فلا يضمنها لأنه فعل الواجب من اراقتها التي وجبت على من هي في يده ، ولو أمسكها حتى تخللت لوجب عليه ردها لمن غصبها منه ، وقـد خرج حذاق شيوخنا في هـــذا

وإنْ تَخلَّلَ : خُيِّرَ : كَتَخَلُّلِها لِذِمّيٍّ ، وتَعَيَّنَ لِغَيْرِهِ

خلافاً ، لأنه كمن وضع يده على طائر لا يحوزه أحد [1] . اللخمي من غصب خمراً فتخللت فلربها أخذه ، وإن غصب عصيراً فتخمر أهريقت عليه وغرم مثله .

(وإن تخلل) بفتحات مثقلا ، أي صار العصير المغصوب خلا (خير) بضم فكسر مثقلا مالكه بين أخذ عصير مثله أو أخذه خلا . اللخمي من غصب عصيراً فتخلل خير ربه في أخذه وأخذ مثله . وشبه في التخيير فقال (كتخللها) أي صيرورة الخمر خلا بعد غصبها حال كونها (لذمي) فيخير بين أخذ الخل وتركه وأخذ قيمة الخمر على الأشهر لا في أخذه مثل الخمر . وقال عبد الملك يتعين أخذ الخل (وتعين) بفتحات مثقلا أخذ الخل الذي تحولت الخمرة المغصوبة اليه حال كونها (لغيره) أي الذمي وهو المسلم فقط ، هذا مراده ، وإن تعقبه الشارح بأن غير الذمي يشمل الحربي والمعاهد ونحوهما مع أنهم

(١) (قوله لا يحوزه أحد) أي لم يحزه أحد قبله في صيرورته ملكه ، فهذا تعليل لعدم ردها للمغصوب منه . ابن عرفة المازري خرج بعض متأخري حذاق الأشياخ وهو الشيخ أبو الطيب عبد المنعم في مسلم غصب مسلماً خمراً فتخللت خلافاً فقال من أوجب من أصحابنا إراقتها ومنع حائزها من تخليلها فقد ألغى حوزه لها ، فاذا غصبها مسلم فتخللت عنده بقيت ملكاً له لأنها صارت بتخللها كطائر حصل في حوزه ولم يتقدم عليه ملك ولا حوز ، ومن لم يوجب إراقتها على من حبسها للتخليل فقد اعتبر من هي بيده ، فان تخللت بيد الغاصب ردت لحائزها الأول .

وما قاله الشيخ أبو الطيب ينظر الى ما اعتل به ابن القاسم لما قال أن مالكاً قال إن اجترأ فخللها فانه يتملكها . وقال ابن أبي زيد إنما وجبت لمن غصبت منه ، لأن الغاصب لم يكن له فيها صنعة توجب ملكها له . قلت لو تسبب في تخليلها كانت له وتصير بتخميرها ثم تخليله إياها كصيد ند فتوحش فتسبب في صيده أجنبي ففي كونها بتخليلها عند الغاصب له أو لربها . ثالثها ان تسبب في تخليلها لتخريج عبد المنعم والمعروف ومفهوم تعليل أبي محمد .

كالذمي في التخيير ، فلو قال كتخللها لكافر لكان أحسن .

أشهب إن غصب مسلم خمراً لذمي فتخللها خير الذمي في أخذها خـــلا وقيمتها يوم غصبها ، وفيها لمالك «رض» لو استهلك مسلم خمراً لذمي أغرم قيمتها، المازري إن غصب مسلم من مسلم خمراً وأمسكها حتى تخللت لوجب عليه ردها لمن غصبها منه . ابن عرفة من غصب خمراً ففي كونها يتخللها عند غاصبها له أو لربها . ثالثها ان تسبب لتخريج عبد المنعم والمعروف .

ومفهوم تعليل أبي محمد وشرع في بيان ضمان المقوم المغصوب فقال (وإن ضيع)بفتح الضاد المعجمة والتحتية مثقلة فعين مهملة ، أي أتلف الغاصب مغصوباً مقومـــاً (كغزل وحلي وغير مثلي) عطف عام على خاص كعرض وحيوان (فقيمته) أي المغصوب تـلزم مغاصب معتبرة (يوم غصبه) على المشهور . وقال أشهب تلزمه أعلى قيمة مضت عليه من يوم غصبه إلى يوم تلفه ، ونقله ابن شعبان عــن ابن وهب وعبد الملك ، تت ذكر بعض من وقف على خط المصنف رحمـــه الله تعالى أنــه بضاد معجمة فمثناة تحتية مشددة مبنياً للفاعل وغـير بالرفع وغصبه فعل ماض . طفي قوله وغير بالرفع هكـذا في النسخ التي وقفنا عليها من صغيره وكبيره ، وأصله تصحيف ، اذ الرفــع لا يلايم بنـاء ضيع للفاعل .

الحط بعضهم أنه رأى خط المصنف بضاد معجمة وياء تحتية مبنياً للنائب وهو ظاهر، وأشار به إلى أن الغاصب اذا غصب غزلاً ثم ضاع بسبب الغاصب أو بغير سببه فإنه يلزمه غرمه قيمته، وهذا هو الذي صدر به ابن الحاجب،وكذا الحلي اذا غصبه وتلف فانه يلزمه غرم قيمته، ونبه بالغزل والحلي على مذهب ابن القاسم في المثلي اذا صنع فانه يصير مقوماً. «غ» كذا في النسخ التي وقفنا عليهـا صنع بالصاد المهملة والنون مبنياً للفاعل أو للنائب ، فينبغي نصب لفظ غير على الأول ورفعه على الثاني على حسب محل الكاف، وكأنه من باب علفتها تبناً وماء بارداً ، أي أو فوت غير مثلي ، وإنما خص الصنعة أولاً نظراً الى الغالب، وفر بعضهم من هذا التخصيص فضبط ضيـــع بضاد معجمة ومثناة تحتية مشددة مبنياً

وإنْ جِلْدَ مَيْتَةٍ لَمْ يُدْبَغْ ، أو كَلْباً ولَوْ قَتَلَهُ تَعَدِّياً ،

للفاعل أو للنائب أيضاً ، وزعم بعضهم أن قوله وإن صنع اغياء لمسألة تخليل الخمر ، أي وإن خلل ، وهذا معروف الأقوال عند ابن عرفة ، إذ قال ففي كونها بتخليلها عند الغاصب له أو لربها . ثالثها ان تسبب في تخليلها لتخريج عبد المنعم والمعروف ومفهوم تعليل أبي محمد وعليه فصنع بصاد مهملة ونون مبنياً للنائب ليس إلا ، وغير مجرور عطفاً على ما بعد الكاف وبقيمته بباء جر مكان فاء الجواب ، والمشبه به هو قوله المثلي ولو بغلاء بمثله وكأنه قال وضمن المثلي بمثله كضمان الغزل وحلي وغير مثلي بقيمته ا هـ .

في الشامل لو استهلك غزلاً أو أتلف حلياً فالقيمة . تت ظاهر كلام المصنف أن الغزل والحلي مثلي لقوله وغير مثلي على أصل غير ابن القاسم أن الصنعة لا تنقل المثلي ، وأصل ابن القاسم أن المثلي اذا دخلته صنعة يصير مقوماً فهما مقومان عليه .

ويلزم الغاصب قيمة المغصوب المقوم الذي تلف بيده اذا كان يجوز بيعه . بل (وإن) كان (جلد ميتة لم يدبغ) قاله ابن القاسم في المدونة ، ونصها من غصب جلد ميتة غير مدبوغ فعليه ان أتلفه قيمته ما بلغت كما لا يباع كلب ماشية او زرع او ضرع وعلى قاتله قيمته ما بلغت.البناني لو عبر بلو بدل ان كان أولى لرد الخلاف المذهبي . ابن رشد عقب نصها وقال في المبسوط لا شيء عليه فيه وان دبغ ، لأنه لا يجوز بيعه. وقيل لا شيء فيه الا أن يدبغ ففيه قيمته . وقيل ان دبغ فليس فيه الا قيمة دبغه . والصواب أن يلزمه قيمة ذلك كله لجواز الانتفاع به ، والله أعلم (أو) ان كان (كلباً) مأذوناً فيه لصيد او حراسة ماشية او زرع. اللخمي فإن كان كلب دار فلا يغرم قيمته ،وعلى الغاصب القاتل الكلب المأذون فيه قيمته يوم غصبه ان قتله بعد غصبه له قبل قتله ، هذا قول ابن القاسم وأشهب وهو المذهب . وقال ابن القاسم أيضاً وسحنون لربه أخذ قيمته يوم قتله ، ومفهوم تعدياً أنه لو قتله لدفعه عن نفسه حين عداء الكلب عليه ولم يمكنه التخلص منه الا بقتله فلا شيء عليه وهو كذلك أفاده الحط ، ونصه في بعض النسخ بعداً بباء جر داخلة على

عداء بفتح العين المهملة والمد وهو تجاوز الحد والظلم قالـه في الصحاح . وفي بعض النسخ ولو تعدياً بالمثناة من فوق أو له والتحتية آخره ، والمعنى أنـه يضمن المقوم بقيمته يوم غصبه ولو قتل الغاصب المغصوب تعدياً منه ، وهـذا قول ابن القاسم وأشهب . وقال سحنون وابن القاسم أيضاً في أحد قوليه له أخذه بالقيمة يوم القتل كالأجنبي .

«غ» قوله ولو قتله تعدياً راجع لقوله بقيمته يوم غصبه ورده الكلب كما في الشامل ليس بشيء . تت ان أراد أنه لا خصوصية للكلب بذلك وأن القتل كالغصب في ايجاب القيمة على القاتل ، فقد تقدم أن اتلاف المقوم يوجب قيمته ، فلم يفد شيئاً غير ما تقدم ، وان أراد أن المعتبر في تقويمه يوم غصبه فلا خصوصية له بذلك أيضاً ، لأن المصنف أعطى حكماً كلياً يعمه وغيره ، ونحوه مـا في الشامل . واذا كان كذلك فهو شيء حسن ، وأيضاً الكلام انما هو في مجرد قتل بغير غصب فـلا يتأتى مـا قاله والله أعلم .

انما ذكر المصنف هذا في الكلب لئلا يتوهم عدم قيمته. طفي جعله المبالغة في الكلب تبع فيه الشارح ، والصواب أنها مبالغة في قوله وغير مثلي بقيمته يوم غصبه ولو كان الغاصب قتل المغصوب تعدياً منه ، وهذا قول ابن القاسم وأشهب . وقال سحنون وابن القاسم في أحد قوليه له أخذه بقيمته يوم قتله كالأجنبي ، هـذا هو الموافق لكلام ابن الحاجب وابن شاس والمدونة ، وبه قرر الحط وغيره ، وعليـه يتفرع قوله . وخير في الأجنبي فانه اشارة للفرق بين قتل الغاصب والأجنبي ولا خصوصية للقتل ، فلو عـبر بالإتلاف كابن الحاجب لكان أعم ، وأصل هذا التقرير لابن غازي وتحامل عليه تت في كبيره ، وذكر نصه المتقدم ثم قال وقوله إنما هو في مجرد قتله بلا غصب غير صواب اذ هو خروج عما الكلام فيه ، ولا تحسن المبالغة حينئذ ، اذ لا خلاف يشير اليه بها ويفوت المصنف الكلام على الغاصب اذا قتل المغصوب وهي مسألة مشهورة معلومة في كلام الأئمة . ابن الحاجب وغيره والخلاف فيها مبني على عدم اعتبار تعـدد الأسباب في الضمان اذا كانت من فاعل واحد والله الموفق .

وَخُيِّرَ فِي ٱلْأَجْنَبِيِّ ، فَإِنْ تَبِعَهُ تَبِعَ هُوَ ٱلْجَانِي ، فَإِنْ أَخَذَ رَبُّهُ أَقَلَّ : فَلَهُ الزَّائِدُ

(تنبيهـــات)

الأول : لم يوقت الإمام مالك «رض» في المدونة في أثمان الكلاب بأن في كلب الماشية شاة ، وفي كلب الصيد أربعين درهما ، وفي كلب الزرع فرقاً من طعام بفتح الفاء والراء ستة عشر رطلا ، وانما قال فيها على قاتله قيمته .

الثاني : أطلق الكلب اعتماداً على قوله تعديا أو بعـــداء ، لأن غير المأذون فيه قتله مباح .

الثالث : لهاتين المسألتين نظائر في لزوم القيمة مـع امتناع البيـع وهي بئر الماشية ولحم الأضحية وخمر الذمي والثمرة التي لم يبـد صلاحها وأم الولد والزرع قبل بدو صلاحه والمدبر .

(و) ان جنى على المغصوب غير غاصبة فأتلفه (خير) بضم الخاء المعجمة وكسر التحتية مثقلة المغصوب منه (في) اتباع (الأجنبي) أي غير الغاصب الجاني على المغصوب بقيمته يوم جنايته او الغاصب بقيمته يوم غصبه ، لحصول سبب الضمان مـن كل منهما الغصب من الغاصب والإتلاف من الجاني . ومفهوم الأجنبي أنه لا خيـار له في إتلاف الغاصب ، وهي المسألة السابقة المشار اليهما بالمبالغة عـلى الصواب ، وانما له قيمته يوم غصبه وهو المعتمد من قولي ابن القاسم بناء على أنه لا يعتبر تعدد أسباب الضمان من واحد قال في التوضيح وهو الصواب .

(فإن تبعه) أي المغصوب منه الغاصب وأخذ منه قيمته يوم غصبه (تبـع هو) أي الغاصب (الجاني) بقيمته يوم جنايته ، فإن ساوت قيمة المغصوب يوم غصبه قيمته يوم الجناية عليه فالحكم ظاهر ، وإن لم تستويا (فان أخذ ربه) أي المغصوب (أقل) القيمتين من الغاصب أو من الجاني وأخذ الغاصب أكثرهما من الجاني بأن كانت قيمته يوم غصبه خمسة عشر ويوم الجناية عشرة أو بالعكس ، وأخذ ربه العشرة من الغاصب أو من الجاني (فله)

أي رب المغصوب (الزائد) على أقل القيمتين المتمم لأكثرهما كالخمسة في المثال ، أي أخذه حال كونه (من الغاصب فقط) بأن كانت قيمته يوم الغصب خمسة عشر ، ويوم الجناية عشرة ، وأخذها ربه من الجاني فيرجع على الغاصب بخمسة تمام قيمته يوم غصبه ، ومفهوم فقط أنه ليس له الزائد حال كونه من الجـاني ، بأن كانت قيمته يوم غصبه عشرة ويوم الجناية خمسة عشرة وأخذ ربه من الغاصب عشرة فليس له أخذ الخمسة لا من الغاصب ولا من الجاني على المشهور .

«ق» فيها لابن القاسم من غصب أمة فزادت قيمتها عنده او نقصت ثم قتلها فإنما عليه قيمتها يوم غصبها فقط ولو قتلها عند الغاصب أجنبي وقيمتها يومئذ أكثر من قيمتها يوم غصبها فلربها أخذ القاتل بقيمتها يوم قتلها بخلاف الغاصب ، فان كانت قيمتها يومئذ أقل من قيمتها يوم غصبها كان له الرجوع بتمام قيمتها يوم غصبها على الغاصب. ابن المواز ولو كان إنما أخذ قيمتها يوم غصبها وكانت أقل من قيمتها يوم قتلها فلا رجوع له على قاتلها بشيء، وللغاصب طلب القاتل بجميع قيمتها يوم قتلها .

(و) من غصب عموداً أو خشباً أو حجراً وبنى عليه بناء فـ (له) أي المغصوب منه (هدم بناء) ولو عظم كالقصور . وقال أشهب لا يهدم العظيم بنى (عليه) أي المغصوب وأخذه وله تركه للغاصب وأخذ قيمته منه يوم غصبه ، فإن امتنع الغاصب من دفعها مع رضا رب المغصوب به ، فقال ابن القصار لا يلزمه دفعها ولــه هدم بنائه ودفع المغصوب لربه . وقال اللخمي وعبد الحميد يلزمه دفعها لأن هدم بنائه إضاعة للمال .

«ق» فيها من غصب خشبة أو حجراً فبنى عليها فلربها أخذها وهدم البناء وكذلك إن غصب ثوباً وجعله ظهارة لجبة فلربه أخذه او تضمينه قيمته . ابو محمد لـه عن شبه ويفتق له الجبة ويهدم له البناء والهدم والفتق على الغاصب .

وظاهر هذا أن له أيضاً أن يضمنه قيمة الخشبة وكأن الغاصب أفاتها بالتزام قيمتها ، وانظر لو انشأ سفينة على لوح مغصوب أو غصب خيطاً خاط بـه جرحاً هل يتخرج على

تهون أخف الضررين . المازري ومن هذا الكبش يدخل رأسه في قدر غير ربه والدينار يقع في إناء الغير ، ولا يقدر على إخراجه إلا بكسر الإناء ، ومن الحاوي مالك رضي الله تعالى عنه من ابتاع خشبة وبنى عليها واستحقت فليس لربها قلعها للضرر ، ولأن الباني ليس بغاصب .

ابن عرفة إدخال الغاصب لوحاً في سفينة أنشأها كالحجر المبني عليه بناء معتبر إن كان نزعه لا يستلزم موت آدمي ولا إتلاف مال لغير الغاصب . وسبب الخلاف في هذا اعتبار أشد الضررين باعتبار ذات الضرر ومن يلحقه من حيث كونه غاصباً وغير غاصب ، وكذا غصب خيط خيط به جرح إن لم يستلزم نزعه إتلاف عضو آدمي محترم ، أو حدوث مرض به مخوف ، فإن لم يستلزم ذلك واستلزم تأخير برء فمختلف فيه بين الشافعية ، ومن هذا إدخال كبش رأسه في قدر لغير ربه لا بتسبب من أحد مالكيهما فلا يضمن أحدهما لصاحبه شيئاً وهو من جرح العجماء ، وكذا دخول دينار في دواة غير ربه لا يمكن إخراجه منها إلا بكسرها ، وكان شيخنا إذا ذكر هذه المسائل يحكي أن جملين اجتمعا في مضيق لا يمكن نجاة أحدهما إلا بنحر الآخر ، فحكم بعض القضاة بنحر أحدهما ويشتركان في الباقي كالمطروح من السفينة لنجاتها ، ومنها إن عمل الغاصب الخشبة باباً فعليه قيمتها .

وإن غصب أرضاً فغرسها أو بنى بها شيئاً ثم استحقها قيل للغاصب اقلع الأصول والبناء إن كان لك فيه منفعة إن يشاء رب الأرض أن يعطيه قيمة البناء والأصل مقلوعاً ، وكل ما لا منفعة فيه للغاصب بعد قلعه كالجص والنقش فلا شيء فيه ، وكذا من حفر بئراً أو مطمراً فلا شيء له في ذلك ، ا هـ .

(و) له (غلة) مغصوب (مستعمل) بضم الميم الأولى وفتح الثانية من رقيق ودابة ودار وغيرها ، سواء استعمله الغاصب أو إكراه على المشهور عند المازري وصاحب المعين وهو الصحيح ، إذ لا حق للغاصب . وروى المازري لا ضمان على الغاصب مطلقاً ورجح

لخبر الخراج بالضمان ، ومفهوم مستعمل أن ماله غلة ولم يستعمل كالرقيق لا يستعمله والدار يغلقها والأرض يبورها والدابة يحبسها لا تلزمه غلته وهو المشهور . وقيل تلزمه وصوبه الأشياخ واختلف فيمن غصبت دنانيره أو دراهمه وأنفقها الغاصب أو اتجر بها فقيل لا شيء له إلا رأس ماله وشهر . وقال ابن حارث اتفقوا أن الربح للغاصب فيما غصبه من مال أو سرقة والخسارة عليه . وقيل له ربحه إن كان الغاصب معسراً . وقيل له مقدار ما كان يربح فيه لو كان بيده ، وظاهر كلام المصنف أن الغلة للمغصوب منه ولو هلك المغصوب وهو كذلك فيأخذ غلة المغصوب وقيمته ونحوه في الكافي أفاده تت .

طفي لا ينبغي له أن يعتمد هذا وإن عزاه في الكافي لأصحاب مالك رضي الله تعالى عنهم ، لأنه خلاف مذهب ابن القاسم في المدونة ففيها وما أثمر عند الغاصب من نخل أو شجر أو تناسل من الحيوان أو جز من الصوف أو حلب من اللبن ، فإنه يرد ذلك كله مع ما اغتصب لمستحقه وما أكل يرد المثل فيما له مثل والقيمة فيما لا يقضى فيه بمثله ، وإن ماتت الأمهات وبقي الولد أو ما جز منها وحلب يخير ربها ، فأما أن يأخذ قيمة الأمهات ولا شيء له فيما بقي من ولد أو صوف أو لبن ولا في ثمنه إن بيع ، وإن شاء أخذ الولد إن كان ولد أو ثمن ما بيع من صوف أو لبن ونحوه ، وما أكل الغاصب من ذلك فعليه مثله فيما له مثل والقيمة فيما يقوم ولا شيء عليه من قبل الأمهات ، ألا ترى أن من غصب أمة ثم باعها فولدت عند المبتاع ثم ماتت فليس لربها أن يأخذ أولادها وقيمة الأمة من الغاصب ، وإنما له أخذ ثمنها من الغاصب أو قيمتها يوم غصبها ، أو يأخذ الولد من المبتاع ولا شيء عليه ولا على الغاصب من قيمة الأم ثم يرجع المبتاع على الغاصب بالثمن اهـ.

واقتصر ابن رشد في بيانه ومقدماته على هذا ، وكذا ابن عرفة ، ولم يعرج ابن رشد على ما في الكافي على أن صاحب الكافي معترف بأن ما نقله تت خلاف مذهب ابن القاسم ، فإنه حكى قولين أحدهما أن أخذ القيمة فلا غلة له ، قال وهو قول ابن القاسم ، والثاني أن له أخذ القيمة مع الغلة ، قال وهو الصحيح ، وعليه جمهور أهل المدينة من أصحاب

مالك وغيرهم . « ق » ابن عرفة في غرم الغاصب غلة المغصوب خمسة أقوال فيها لابن القاسم وكل ربع اغتصبه غاصب فسكنه أو اغتله ، أو أرض فزرعها فعليه كراء ما سكن أو زرع لنفسه وغرم ما أكراها به من غيره ما لم يحاب ، وإن لم يسكنها ولا انتفع بها ولا اغتلها فلا شيء عليه .

ابن القاسم وما اغتصب من دواب أو رقيق أو سرقه فاستعملها شهراً وطال مكثها بيده أو أكراها وقبض كراءها فلا شيء عليه في ذلك ، وله ما قبض من كرائها وإنما لربها عين شيئه وليس له أن يلزمه قيمتها إذا كانت على حالتها لم تتغير في بدنها ولا ينظر إلى تغير سوقها . وأما المكتري والمستعير يتعدى المسافة تعدياً بعيداً ، أو يحبسها أياماً كثيرة ثم يردها بحالها فربها يخير في أخذ قيمتها يوم التعدي ، أو يأخذها مع كراء حبسه إياها بعد المسافة ، وله في الوجهين على المكتري الكراء الأول والسارق أو الغاصب ليس عليه في مثل هذا قيمة ولا كراء إذا ردها بحالها ، ولولا ما قاله مالك لجعلت على السارق والغاصب كراء ركوبه إياها وأضمنه قيمتها إذا حبسها عن أسواقها كالمكتري ، ولكني آخذ فيها بقول مالك رضي الله تعالى عنه ا ه .

الباجي الفرق أن الغاصب غصب الرقبة فيضمنها دون منافعها ، بخلاف المكتري والمستعير فتعدى على المنافع فضمنها . الحط قوله وغلة مستعمل هذا هو المشهور أنه يضمن غلة ما استعمله من رباع وحيوان ، وهو خلاف مذهب المدونة ، فإنه قال في كتاب الغصب لا يرد غلة العبيد والدواب . وقال في كتاب الإستلحاق لا يرد غلة الحيوان مطلقاً وما مشى عليه المصنف . قال في التوضيح صرح المازري وصاحب المعين وغيرهما بتشهيره ، وشهره ابن الحاجب ، وقال ابن عبد السلام هو الصحيح عند ابن العربي وغيره من المتأخرين .

(و) له (صيد) أي مصيد (عبد) مغصوب اتفاقاً (و) مصيد (جارح) كباز وكلب على المشهور . ابن بشير إن كان مغصوب عبداً وأمره الغاصب بالصيد فلا خلاف

أن صيده لربه ، وإن كان آلة كسيف ورمح فلا خلاف أن صيده للغاصب ، وعليه أجر انتفاعه به . وإن كان فرساً فقد ألحقوه بالآلات ، وإن كان جارحاً كالبازي والكلب فهل يلحق بالعبد أو بالآلات قولان . ابن رشد لم يختلف أن الذي يتعدى على فرس أو قوس أو نبل فيصيد به ، فإن الصيد للمتعدي وعليه أجر مثل الفرس والقوس والنبل ، ولم يختلف أيضاً فيمن تعدى على عبد فبعثه يصطاد أن الصيد لصاحب العبد .

واختلف فيمن تعدى على كلب أو باز فاصطاد به ، والأظهر قول ابن القاسم ، إنه كمن تعدى على عبد فأرسله يصطاد له ، لأن العمل إنما هو للكلب والبازي لأنهما هما التابعان الصيد الآخذان له ، وإنما للمتعدي في ذلك الإرسال والإشلاء خاصة ، فوجب كون صاحب الكلب والبازي أحق بالصيد ، لأن له في صيده شيئين الاتباع والأخذ ، وليس للمتعدي فيه إلا التحريض على ذلك على ما تؤول من مذهب ابن القاسم في المزارعة الفاسدة أن الزرع يكون فيها لمن أخرج شيئين ابن عرفة وفي غرم الغاصب غلة المغصوب مطلقاً ونفيه . ثالثها : غلة الرباع والغنم والإبل لا العبيد والدواب . ورابعها : ما استغل لا ما استعمل . وخامسها : غلة الرباع والنخل لا غلة العبد والحيوان ، ثم قال وفي المقدمات اختلف في غلة المغصوب فقال أشهب حكمها حكم المغصوب تلزمه قيمتها يوم قبضها أو أكثر ما انتهت اليه وإن تلفت بأمر سماوي ، والذين قالوا حكمها خلاف حكم المغصوب اختلفوا بعد اجماعهم على أنها إن تلفت ببينة لا يضمنها ، وإن ادعى تلفها فلا يصدق وإن كان مما لا يغاب عليه .

وتحصيل اختلافهم أن ما تولد عن المغصوب على هيئته وخلقته وهو الولد فإن الغاصب يرده ، وما تولد منه على غير هيئته وهو السمن واللبن والصوف وشبهه في كونه للغاصب ووجوب رده قولان ، وإن تلف المغصوب خير ربه في أخذ قيمته ولا شيء له في الغلة وأخذ الغلة دون قيمته وما كان غير متولد كالأكرية والخراجات في وجوب ردها ونفيه . ثالثها يرد إن أكرى أو انتفع لا إن عطل . ورابعها إن أكرى لا إن انتفع أو عطل . وخامسها الفرق بين الحيوان والأصول اهـ .

(و) له (كراء أرض بنيت) داراً أو نحوها وسكنها الغاصب أو استغلها . اللخمي لم أعلمهم اختلفوا فيمن غصب أرضاً وبناها ثم سكن أو استغل أنه لا يغرم سوى غلة القاعة ، وهذا إذا كانت الأرض له خاصة ، فإن كانت مشتركة وبنى فيها أحد الشريكين أو غرس فليقتسما ، فإن وقع بناؤه أو غرسه في حصته دفع لشريكه أجرة الأرض فيما مضى ، وإن وقع في حصة شريكه خير من وقعت في حصته بين دفع قيمته مقلوعاً أو أمره بقلعه قاله ابن القاسم ، وحكى اللخمي الخلاف فيمن غصب بناء خرباً وأصلحه وأغتله فقال أشهب ما زاد في غلته فللغاصب كساحة يعمرها . وقال محمد الجميع للمالك ووافق أصبغ أشهب . اللخمي وهو أبين فيقوم الأصل قبل إصلاحه فينظر ما كان يؤاجر به ممن يصلحه فيغرمه ، وما زاد على ذلك فللغاصب . ورأى محمد أن جميع الغلة للمغصوب منه ، وله أخذ الدار مصلحة ولا شيء عليه إلا قيمة ما لو نزعه كانت له قيمة ورأى المالك يستحق البناء بقيمته منقوضاً فتكون غلته له .

وشبه في أن كراء الأصل الخرب لمن يصلحه للمالك والزائد بالإصلاح للغاصب فقال (كمركب) بفتح الميم والكاف وسكون الراء أي سفينة (نخر) بفتح النون وكسر الخاء المعجمة ، أي بال متخرب غصبه وأصلحه واستغله فغلة الأصل للمالك والزائد للغاصب بأن يقال كم تساوي أجرته نخرا لمن يعمره ويستغله ، فما قيل لزم الغاصب له قاله أشهب . وقال محمد الجميع للمالك . اللخمي الأول أبين . ابن راشد أقيس . ابن عبدالسلام الثاني أظهر .

(و) إذا أخذ المالك المركب (أخذ) معه بلا عوض (ما) أي المصلح به الذي (لا عين) أي ذات (له) بعد قلعه (قائمة) أي لها قيمة كالزفت والقلفطة . وأما ماله عين قائمة كالحبال والمجاذيف والسواري والقلاع والهلب الذي يرمى في البحر لحبس المركب عن السير فللغاصب أخذه إن كان المركب في مرسى بلد المغصوب منه ، وإن كان في غيره وتوقف سيره إلى بلد المغصوب منه عليه ولم يجد بدله يسيرها به اليه في ذلك الموضع ،

فيخير رب المركب بين دفع قيمته في ذلك الموضع كيف كانت وتسليمه للغاصب .

ابن عرفة لو غصب مركباً خرباً وأنفق في قلفطته ورقبته وآلته ثم اغتل فيه غلة كثيرة فاربه أخذه مصلوحاً بجميع غلته ، ولا غرم عليه فيما أنفق الغاصب إلا في الصاري والأرجل والحبال ، وما له ثمن إن أخذ فللغاصب أخذه ، وإن كان بموضع لا توجد فيه آلته التي لا بد منها في جريه حتى يرد إلى موضعه ، وما لا يوجد بالموضع الذي حمله اليه إلا بمشقة فربه مخير في أخذ ذلك بقيمته .

(و) له كراء (صيد شبكة) وشرك ورمح ونبل وقوس وحبل وسيف مغصوبة فصيد مجرور عطف على أرض ، والمراد به هنا الإصطياد . وأما المصيد بها فهو للغاصب اتفاقاً ، وفي بعض النسخ وله صيد شبكة والضمير للغاصب ، والصيد بمعنى المصيد ، ويلزم عليها تشتيت مرجع ضمير له فإنه فيما تقدم راجع للمغصوب منه ، وهنا راجع للغاصب ، ولا يستفاد من هذه النسخة أن على الغاصب كراء الشبكة . وفي بعض النسخ لا صيد شبكة أي ليس للمغصوب منه ما صيد بشبكته فهو للغاصب ، وعليه أجرتها . ابن بشير ان كان المغصوب آلة كسيف فلا خوف أن الصيد للغاصب ، ومثل السيف الشباك والحبالات .

(وما) أي المال الذي (أنفق) ه الغاصب على المغصوب كعلف الدابة المغصوبة ومؤنة الرقيق المغصوب وكسوته وسقي الأرض المغصوبة وعلاجها وحصد الزرع المغصوب ودرسه وتذريته وسقي الشجر المغصوب وعلاجه كائن (في الغلة) للمغصوب لا يتعداها الى ذمة المغصوب منه ، فإن لم يكن للمغصوب غلة أو زادت النفقة عليها فلا رجوع للغاصب علي المغصوب منه ، هذا مذهب ابن القاسم في المدونة والموازية ، ثم رجع في الموازية إلى أنه لا شيء للغاصب من الغلة في النفقة واختاره ابن المواز . المصنف الأول أظهر ، لأن الغاصب وإن ظلم لا يظلم . ابن عرفه وعلى غرم الغاصب الغلة في رجوعه بالنفقة فيها طريقان .

اللخمي في رجوعه بنفقة العبد والدابة والسقي والعلاج ثلاثة . ابن القاسم في الموازية

وَهَلْ إِنْ أَعْطَاهُ فِيهِ مُتَعَدِّدٌ عَطَاءً فَبِهِ ، أَوْ بِالْأَكْثَرِ مِنْهُ وَمِنَ الْقِيمَةِ تَرَدُّدٌ ،

يرجع به ما لم يجاوز الغلة ، ثم قال لا يرجع به الحائط إن كان بحيث لو كان بيد ربه استأجر له فهو كطعام العبد وإن كان لا يستأجر له ، لأن له عبيداً ودواب ولم يستعملهم بعد غصب الحائط لم يكن عليه شيء ، وإن كان عنده بعض ذلك رجع بأجر ما يعجز رب الحائط عنه من ذلك ، وإن استعملهم ربهم بعد غصب الحائط كان عليه أجر ما عمله الغاصب ما لم يجاوز الأجر الذي أخذه فيهم ، ولأصبغ في الواضحة من تعدى على رجل فسقى له شجره أو حرث أرضه أو حصد زرعه ثم سأله أجر ذلك إن كان رب هذه الأشياء ممن لا بد أن يستأجر عليها فعليه أجرها ، وإن كان يلي ذلك بنفسه أو له من يلي ذلك له فلا شيء عليه ، وأرى أن على المغصوب منه الأقل من إجارة المثل فيما عمله الغاصب ، أو ما أجر هو به عبيده أو الغلة .

قلت الأظهر أن ثالث الأقوال هو اختياره كعد ابن رشد في كثير من المسائل اختياره قولاً ، ولا يصح جعل قول أصبغ ثالثاً ، لأنه في غير مسألة غاصب لنص قوله تعدى مفسراً له بقوله فسقى الخ ، الصقلي لما ذكر قولها برجوع الغاصب بما أنفق وسقى وعالج ورعى في الغلة ، قال وقاله أشهب ، وقال ابن القاسم أيضاً لا شيء له من ذلك وإن كان سبباً للغلة وأخذ به محمد . قال إذ ليس بعين قائمة ولا يقدر على أخذه ولا هو مما له قيمة بعد قلعه . قلت وعزاه ابن رشد أيضاً لسحنون وابن الماجشون .

(و) إذا كان لإنسان شيء مقوم سامه أشخاص بقدر واحد من الدنانير أو الدراهم وغصبه غاصب وأتلفه ف (هل) يلزم الغاصب الثمن الذي سامه الأشخاص (إن) كان (أعطاه) أي سام المغصوب منه (فيه) أي المغصوب المقوم (متعدد) بضم الميم وكسر الدال الأولى (عطاء) أي ثمناً واحداً كعشرة (ف) يضمن الغاصب المغصوب (به) أي العطاء الواحد لا بقيمته وهو قول الإمام مالك رضي الله تعالى عنه . وقال سحنون يضمنه بقيمته (أو) يضمنه (بالأكثر منه) أي العطاء الواحد من المتعدد (ومن القيمة)

وإنْ وَجدَ غَاصِبَهُ بِغَيْرِهِ وغَيْرِ مَحَلِّهِ ، فَلَهُ تَضْمِينُهُ ، ومَعَهُ أَخذُهُ

وهو قول عيسى (تردد) من المتأخرين في قول عيسى،هل هوخلاف لقولي مالك وسحنون رضي الله تعالى عنهم ، فالاقوال ثلاثة ، أو هو تفسير لهما ، فقول مالك رضي الله تعالى عنه بالعطاء أي إن كان أكثر من القيمة ، فإن كانت أكثر فيها كما قال سحنون ، وقول سحنون بالقيمة أي إن كانت أكثر فإن كان الثمن أكثر فيه كما قال الامام فلا خلاف بينهما في المعنى .

وأصل المسألة سماع ابن القاسم مالكاً رضي الله تعالى عنهما في العتبية من تسوق بسلعة فأعطاه غير واحد بها ثمناً ثم استهلكها رجل فليضمن ما أعطى فيها ، ولا ينظر إلى قيمتها إذا كان عطاء قد تواطأ عليه الناس ، ولو أراد البيع به باع لأن هذا يمين القيمة . وقال سحنون لا يلزمه إلا القيمة . وقال عيسى عليه الأكثر من الثمن أو القيمة أفاده تت ، ونحوه للحط ، زاد فظاهر كلام العتبي وابن يونس أيضاً أن المستهلك لا يضمن إلا ما أعطى فيها ، سواء زاد على القيمة أو نقص ، وكلام ابن رشد خلافه . قال قول الامام مالك رضي الله تعالى عنه لا ينظر لقيمتها معناه إن كانت أقل ، فإن كانت أكثر فيها فقول عيسى يضمن الأكثر مفسر لقول الامام مالك رضي الله تعالى عنه ، فأشار بالتردد لترددهم في فهم كلام مالك رضي الله تعالى عنه ، فلو قال وعن مالك رضي الله تعالى عنه إن أعطى فيه متعدد عطاء فيه ، وهل على ظاهره أو بالاكثر منه ومن القيمة ؟ تردد لكان واضحاً ، والله أعلم .

(وان) غصب شخص مقوماً وانتقل آخر وتبعه المغصوب منه و (وجد) المغصوب منه (غاصبه) مصطحباً (بغيره) أي المغصوب المقوم (و) في (غير محله) أي الغصب (فله) أي المغصوب منه (تضمينه) أي الغاصب قيمة المغصوب . ابن رشد اتفاقاًلماعلية في الصبر إلى رجوعه إلى محله من الضرر ، وله أن يصبر حتى يرجع إلى محله ، ويلزم الغاصب أو وكيله الرجوع معه لا قباض ذلك (و) إن وجد المغصوب منه الغاصب بغير محله والمغصوب المقوم (معه) أي الغاصب (أخذه) المغصوب المقوم من الغاصب عند

إِنْ لَمْ يَحْتَجْ لِكَبِيرِ حَمْلٍ ،

ابن القاسم ، ظاهره حيواناً كان أو عرضاً ، لأن نقله ليس فوتاً وهـذا (إن لم يحتج) المغصوب (لكبير حمل) كالدواب ووخش الرقيق ، فان احتاج لكبير حمل فيخير بين أخذه وأخذ قيمته يوم غصبه . ابن الحاجب فان وجده في غير مكانه فثالثها لابن القاسم إن كان حيواناً فليس له إلا أخذه ، وفي غيره تخير بينه وبين قيمته في موضعه .

. الموضح الأول ليس لربه إلا أخذه ، وهو قول سحنون ، والثاني يخير ربه في أخذه وأخذ قيمته وهو قول أصبغ ، وظاهر روايته عن أشهب والثالث الفرق بين الحيوان والعرض ونسبه المصنف لابن القاسم تبعاً لابن شاس قال في المقدمات بعد ذكره وهذا في الحيوان الذي لا يحتاج إلى الكراء عليه كالدواب ووخش الرقيق ، واما الرقيق الذي يحتاج إلى الكراء عليه فحكمه كالعرض ا ه ، ونحوه لابن عبد السلام ، فالمصنف مشى على قول ابن القاسم ، وهذه طريقة ابن رشد وبها صدر ابن عرفة فقال في كون نقله من بلد لآخر فوتاً فيخير ربه في اخذه واخذ قيمته يوم غصبه او غير فوت فليس لربه إلا اخذه ، ثالثها فوت في العروض والرقيق لا في الحيوان غيره لأصبغ مع ظاهر سماع اشهب وسحنون وسماع ابن القاسم افاده طفى .

ابن عرفة معروف المذهب ليس لربه جبره على رده لبلد الغصب ، وللمغيرة من نقل خشبة من عدن لجدة بمائة دينار جبر نقلها على عودها لمحلها ، قال ولابن القاسم إن اخطأ مستأجر على حمل شيء لبلد فحمله إلى غيره فيخير ربه في اخذ قيمته في البلد الذي نقل منه واخذه بغرم كرائه ، وقال اشهب واخذه بدون غرم اصبغ لربه جبره على رده لما منه نقله او اخذه مجاناً ، إلا ان يعلم ان ربه كان راغباً في وصوله فيلزمه كراء مثله افاده تت « ق » ابن حارث اتفقوا اذا غصبه عبداً او جارية ثم لقيه بموضع آخر انه ليس له إلا اخذه ذلك بعينه ، ولا تجب له قيمته عبداً او جارية ثم لقيه بها بموضع آخر انه ليس له إلا اخذ ذلك بعينه ولا تجب له قيمته ولا ان يأخذه برده إلى موضعه . ابن الحاجب فلو وجد الغاصب خاصة فله تضمينه . ابن عرفة قبله ابن عبد السلام وابن هرون ، وقال

اللخمي إن لقي المغصوب منه الغاصب بغير البلد الذي غصبه فيه يعني وليس معه المغصوب فأراد ان يغرمه المثل والقيمة لم يكن له ذلك عند ابن القاسم اهـ . وتقدم قول ابن رشد النقل فوت في الرقيق والعروض دون الحيوان .

قال الباجي روى ابن القاسم ليس له الا اخذ العبد والدواب ، ويخير في البز والعروض في اخذ عينها او قيمتها . ابن يونس روى ابن القاسم عن الإمام مالك رضي الله تعالى عنهما في العروض والطعام والرقيق يسرق فيجده ربه بغير بلده ، قال اما الطعام فليس له أخذه ، وانما له أن يأخذ الغاصب والسارق بمثله في موضع سرقته وأما العبيد والدواب فليس له اخذهم إلا حيث وجدهم لا غير ذلك ، اراد إن لم يتغيروا ، واما البز والعروض فربها يخير بين اخذه واخذ قيمته بموضع سرقته واشهب يخيره في الحيوان والطعام ايضاً.

(لا) خيار للمغصوب منه (ان هزلت) بفتح الهاء وضمها وكسر الزاي ، اي رقت (جارية) عند غاصبها ثم عادت لسمنها فليس للمغصوب منه إلا اخذها (او نسي عبد) مغصوب (صنعة) عند الغاصب (ثم عاد) العبد لمعرفتها فليس لربه إلا اخذه ، وتبع المصنف في هذا ابن الحاجب وابن شاس ، وانكر ابن عرفة معرفة ذلك في كتب المذهب قائلا لم اقف عليه لغيرهما.

« ق » ابن شاس لو هزلت الجارية ثم سمنت او نسي العبد الصنعة ثم ذكرها حصل الجبر . ابن عرفة لا اعرف في المذهب نصاً في هذا الا لابن شاس وابن الحاجب ، بل الغزالي قال في وجيزه ولو هزلت الجارية ثم سمنت او نسي العبد الصنعة ثم تذكرها او أبطل صنعة الاناء ثم اعاد مثله ففي حصول الجبر وجهان . ابن عرفة الأظهر ان الإناء لا ينجبر بذلك ، ومسألة الغصب عندي تجري على ما تقدم من الخلاف في المودع يتعدى على الوديعة ثم يعيدها لحالها في المثلي منها . ومقتضى قولها ان الهزال في الجارية يوجب على الغاصب ضمانها ولم اقف عليه لغيرها . ومفهوم قولها ومن غصب شاة فهرمت فهو فوت مع قولها في سلمها الثاني ، ان هزال الجارية لغو ، بخلاف هزال الدابة خلاف ذلك .

(او خصاه) اي الغاصب المغصوب (فلم ينقص) ثمنه فليس لربه الا اخــذه وعدم نقصه صادق ببقائه بحاله وبزيادته ومفهومه انه إن نقص يضمن نقصه نص على المسائل الثلاث في الجواهر ، وزاد ويعاقب « غ » بهذا جزم ابن شاس وابن الحاجب ، والذي في رسم العرية من سماع عيسى من كتاب العيوب . قال ابن القاسم من عــدا على غلام فخصاه فزاد في ثمنه ، فانه يقوم على قدر ما نقص منه الخصاء . ابن رشد اراد اذا لم يرد تضمينه واختار حبسه ، ومعنى قوله يقوم على قدرما نقص منه عند غير اهل الطول من الاعراب وشبههم الذين لا رغبة لهم في الخصيان .

وقال سحنون معناه أن ينظر إلى عبد دنيء ينقص من مثله الخصاء ، فما نقص منه كان على الجاني على هذا المجنى عليه ذلك الجزء من قيمته ، وقد تأول بعض الناس أن المعنى في ذلك أن ينظر إلى ما يقع من الزيادة في قيمته ، فيجعل ذلك نقصاناً منها يكون عليه غرمه وذلك بعيد لا وجه له في النظر ، والذي يوجبه النظر أن يكون عليه إن خصاه فقطــع أنثييه أو ذكره جميع قيمته وإن قطعهما جميعاً فقيمته مرتين كما يكون عليــه في الحر إذا قطع ذكره وأنثييه ديتان قياساً على قول مالك «رض» ، في المأمومة والجائفة والمنقــلة والموضحة انه يكون عليه في ذلك كله قيمة بحساب الجزء من ديتــه . وقال ابن عبدوس إذا زاده الخصاء فــلا غرم عليه ، ولا يصح ذلك على المذهب ، وإنمــا يأتي على قياس قول من قال أنه لا شيء عليه في المأمومة والجائفة وشبههما مما لا نقصان فيه بعد برئه .

ابن عبد السلام كلام ابن رشد في هذا الفصل حسن ، وقول ابن عبدوس هذا هو الذي حكاه ابن الحاجب ، زاد في التوضيح تبعاً لابن شاس ، ومع هذا اقتصر عليه هنا ابن القاسم في كتاب الجنايات من خصى عبداً فنقصه ذلك فعليه مــا بين قيمته كجراحه ، وإن زاد فيه نظر إلى ما ينقص من أوسط صنفه فيحمل عليه ، فإن كان عشراً كان له عشر ثمنه . ابن رشد أوله بعضهم على أنه إن زاد الخصاء في ثمنه الثلث ، فعلى الجاني ثلث قيمته ، وان زاد فيه مثل ثمنه أو أكثر غرم جميع قيمته وهو بعيد في المعنى ، وان ساعده اللفظ ، وإنما معناه أن ينظر إلى ما ينقص منه الخصاء الذي زاد في قيمته كم كان ينقص منه لو لم يرغب

فيه من أجل خصائه ، إذ لا شك في نقص الخصاء بعض منافعه فأراد في الرواية أن ينظر إلى ما نقص منه الخصاء لو لم يرغب فيه لأجل خصائه .

وقال سحنون إن زاد فيه نظر إلى عبد دنيء ينقص مثله الخصاء ، فيقال ما ينقصه أن لو أخصى فيقال خمسة فيغرم الجاني خمس قيمة العبد المجني عليه ، وفيه نظر لأنه ينقص من قيمة العبد النبيل الرائع أكثر مما ينقص من قيمة الوخش ، فما أولناه من قول مالك « رض » أصح . ولابن عبدوس إن لم ينقصه فلا غرم على الجاني ، والذي أقول إن لم ينقصه فعلى الجاني جميع قيمته ، لأن الخصاء يقطع النسل ، وفيه في الحر كمال الدية فيكون فيه في العبد كمال قيمته قياساً على موضحته ومنقلته ومأمومته ا هـ .

الحط يؤخذ مما هنا أن الخصاء ليس مثله ولو كان مثله لعتق على الغاصب ، وغرم لربه قيمته كما قال في كتاب الغصب من المدونة ، ومن تعدى على عبد رجل ففقأ عينه أو قطع له جارحة أو جارحتين فما كان من ذلك فساداً فاحشاً حتى لم يبق فيه كبير منفعة فإنه يضمن قيمته ويعتق عليه وكذلك الأمة ا هـ .

(أو جلس) شخص (على ثوب غيره في صلاة) وقام صاحب الثوب فانقطع فلا شيء على الجالس ، لأنه مما تعم به البلوى ، ولا يجد الناس من هذا بداً في الصلوات والمجالس قاله عبد الملك ومطرف ، وعليه فلا خصوصية لقوله في صلاة « غ » كذا لابن يونس عن ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون زاد ابن عرفة وأخذ من قولها ضمان موت فرس أحد المصطدمين في مال الآخر ، وحده ضمان الجالس على الثوب وحده ، وقاله بعض الموثقين من عند نفسه لا بأخذ منها ، ولاظهر كونه منها كمحرم حبس صيداً لمحرم فقتله عب . وعلل المصنف عدم ضمان الجالس أيضاً بأن صاحب الثوب هو المباشر لقطعه والجالس تسبب سبباً ضعيفاً ، والمباشر يقدم على ذي السبب الضعيف ، بخلاف السبب القوي فيضمنان معاً كما سيقول والمتسبب مع المباشر كمكره ومكره ، ثم قال وهذا بخلاف من وطيء على نعل غيره فمشى صاحب النعل فانقطع فيضمن الواطيء قيمة المقطوعة وأرش نقص الأخرى فيما يظهر .

والفرق أن الصلاة ونحوها يطلب الاجتماع فيها ، بخلاف الطرق، ولا حق له في مزاحمة غيره ، ومثل وطء النعل قطع حامل حطب ثياب مار بطريق كما في المدونة وشرحها ، وظاهره ولو أنذر وينبغي عدمه معه كمذهب الشافعي « رض » ، ومثل مسألة المصنف في عدم الضمان فتح باب أسندت له جرة زيت مثلاً فانكسرت فقد نفى الضمان عنه . ابن رشد فقال لم اذكر فيه نصاً لاحد ، ويجري فيه على أصولهم قولان تضمين الفاتح وعدمه وبه كنت أقضي .

ابن عرفة ونقل ابن سهل عن ابن أبي زعبل ما نصه روى عن مالك «رض» في رجل وضع جرة حذاء باب رجل ففتح الرجل بابه ولا علم له بالجرة ، وقد كان مباحا له وغير ممنوع أن يفتح بابه ، ويتصرف فيه فانكسرت الجرة فضمنه مالك «رض» ليس هو في نفس مسألة ابن رشد ، لأن قوله حذاء باب رجل مع قوله أخيراً أن يفتح بابه ويتصرف فيه ظاهر في أن الجرة لم توضع على خشب الباب ، بل بقربه ، ولذا قال ابن رشد لم اعرف فيها نصا ، وفرق بعض الشيوخ بين فتح الباب المعهود فتحه فلا يضمن ، وبين فتح المعهود عدم فتحه فيضمن ، قلت ولا يتخرج على موت الصيد من رؤية المحرم لأنه حق لله تعالى . الشعبي من أفتى بغرم مالا يجب فقضى به غرمه ، قاله أصبغ بن خليل ا هـ .

عب اختار ابن أبي زيد الضمان في مسألة ابن رشد وهو ظاهر ، لأن الخطأ والعمد سواء في أموال الناس . البناني ذكر أبو الحسن مسألة ابن رشد ، وحكي فيها قولين منصوصين ، ونسبهما لابن سهل ، ثم قال وظاهر كلام ابن رشد أنه لم يقف على ما حكاه ابن سهل ، ويحتمل انه وقف عليه ثم لم يذكره الآن ا هـ . والظاهر ما لأبي الحسن، وانهما سواء والله أعلم ، ويدل له ما ذكره عن ابن أبي زيد ، ونقله الوانوغي ، ونصه سئل أبو محمد بن أبي زيد عن الفرق بين الذي جعل جرة على باب رجل ففتح الباب فانكسرت الجرة فيضمنها الفاتح ، وبين من بنى تنوراً في داره لخبزه فاحترقت منه الدار وبيوت الجيران فلا يضمن حسبا في كتاب الدور ، وكل منهما فعل ما يجوز له فعله من فتح الباب

وايقاد التنور ، فقال الفرق أن فاتح الباب كان فتحه له وجنايتـــه على الجرة في فور واحد فهو مباشر لكسرها ، والباني أول فعله جائز ولا جناية فيه ، وإنمـــا نشأت بعد ذلك فليس بمباشر فافترقا .

الوانوغي لم يقف ابن رشد على كلام ابن أبي زيد وقد ذكره ابن سهل رواية عن مالك رضي الله تعالى عنه . ابن عرفة في حريم البئر منها من أرسل في أرضه ماء أو ناراً فوصل لأرض جاره فأفسد زرعه ، فإن كانت أرض جاره بعيدة يؤمن أن يصل إليهـــا ذلك فتحاملت النار بريح أو غيره فأحرقت فلا شيء عليه ، وإن لم يؤمن ذلك لقربها فهو ضامن وكذا الماء وما قتلت النار من نفس فعلى عاقلة مرسلها ، ومثله للشيخ عن ابن القاسم في المجموعة المازري من نصب شبكة لحرز غنمه من الذئب فمات فيها إنسان ضمنه معنـــاه إذا علم أنه لا يكاد يسلم من المرور عليها آدمي ا ه .

(أو دل لصاً) بكسر اللام وشد الصاد المهملة أي سارقاً على مـــال فسرقه أو دل غاصباً على مال فغصبه ، ولولا دلالته ما عرفاه فلا يضمنه الدال . أبو محمد وضمنه بعض أصحابنا . « ق » أبو محمد من أخبر بمطمر رجل سارقاً أو أخبر به غاصباً ، وقد بحث عن مطمره أو ماله فدله عليه رجل ولولا دلالته ما عرفوه فضمنه بعض متأخري أصحابنا ولم يضمنه بعضهم . أبو محمد وأما الرجل يأتي السلطان بأسماء قوم ومواضعهم وهو يعلم أن الذي يظلمهم به السلطان ظلم فينالهم بسبب تعريفه بهم غرم أو عقوبة فأراه ضامناً لـــا غرمهم مع العقوبة الموجعة .

ابن يونس أشهب إذا دل محرم محرماً على صيد فقتله المدلول عليه فعليهما الجزاء جميعاً ، وابن القاسم قال لا جزاء على الدال فعلى هـــذا الخلاف تجري مسائل الدال فيما ذكرنا . المازري في ضمان المتسبب بقول كصيرفي قال فيما علمه زائفاً طيباً ، وكمخبر عمن أراد صب زيت في إناء مع علمه مكسوراً بأنه صحيح ، وكدال ظالم على مال أخفاه ربه عنه قولان ، كقولي ابن القاسم وأشهب في لزوم الجزاء من دل محرماً على صيـــد فقتله بدلالته . الحط

أو أَعادَ مَصُوغا عَلَى حالِهِ، وعَلَى غَيْرِهَا فَقِيمَتُهُ: كَكَسْرِهِ، أوْ غَصَبَ مَنْفَعَةً فَتَلِفَتِ الذَّاتُ أوْ أكَلَهُ مَالِكُهُ ضِيَافَةً،

انظر كيف مشى هنا على أنه لا يضمن مع أن الذي جزم به ابن رشد أنه يضمن ولو أكره على ذلك، وهو الذي اختاره أبو محمد كما سيأتي، ولعل المصنف مشى على هذا القول هنا لأنه يفهم من كلام ابن يونس أنه الجاري على مذهب ابن القاسم في دلالة المحرم على الصيد، وأصل المسألة في النوادر، ونقل فيها القولين بالتضمين وعدمه، ثم قال بعدهما قال أبو محمد وأنا أقول بتضمينه لأن ذلك من وجه التغرير، وكذا نقل البرزلي عن ابن أبي زيد انه أفتى بالضمان.

(أو) غصب مصوغاً وكسره (وأعاد) الغاصب شيئاً (مصوغاً) بعد كسره (على حاله) الذي كان عليه فلا شيء عليه عند ابن القاسم وأشهب. وقال محمد يضمن قيمته بمجرد كسره، واستظهر «ق». ابن يونس الصواب فيمن كسر حلياً اغتصبه ثم رده على هيئته أن عليه قيمته، لأن هذه الصياغة غير تلك، فكأنه أفات الحلي فعليه قيمته يوم أفاته قاله ابن المواز. وقال أشهب لا تلزمه قيمته ويأخذه ربه (و) إن أعاده (على غيرها) أي حاله الأول (فقيمته) أي المصوغ يضمنها غاصبه. «ق» ابن المواز إن صاغه على غير هيئته فلا يأخذه ربه وليس له إلا أخذ قيمته يوم غصبه. وشبه في لزوم القيمة فقال (ككسره) أي المصوغ غاصبه ولم يصغه على هيئته ولا على غيرها فتلزمه قيمته يوم غصبه، إلى هذا رجع ابن القاسم، وقال قبله يغرم قيمة صياغته.

وقال أشهب يلزمه صوغه على حاله، فإن لم يمكن فعليه قيمته (أو غصب) أي قصد الغاصب باستيلائه على الشيء قهراً تعدياً (منفعة) أي استيفاءها لا تملك الذات (فتلفت الذات) المستوفى منها منفعتها فلا يضمنها المتعدي. «ق» ابن المواز ابن القاسم من سكن داراً غاصباً للسكنى مثل ما سكن السودة حين دخلوا فانهدمت من غير فعله فلا يضمن إلا قيمة السكنى، إلا أن تنهدم من فعله. وأما لو غصب رقبة الدار فانهدمت ضمن ما انهدم وكراء ما سكن وقاله أصبغ (أو أكله) أي الطعام المغصوب (مالكه) أي

المغصوب منه بأن قدمه له غاصبه (ضيافة) فأكله غير عالم بأنه طعامه المغصوب منه فلا شيء على غاصبه ، لأنه تسبب ومالكه باشر واحرى إن علم المالك حين أكله أنه طعامه المغصوب منه ، ولو أسقط قوله ضيافة لشمل أكلة مكرهاً من غاصبه وأكله خفيـــة عنه بأن دخل المالك دار الغاصب وأكله في غيبته فلا يضمنه غاصبه قاله في الذخيرة .

« ق » ابن شاس لو قدم الغاصب الطعام لمالكه فأكله مع الجهـل بحاله فإن الغاصب يبرأ من ضمانه ، بل لو أكرهه على أكله لبرىء. ابن عرفة ما أكله طائعاً فلم أعرفه لغيره والجاري على المذهب أن لا يحاسب المغصوب منه من ذلك إلا بما يقضى عليه ، لو أطعمــه من ماله ليس بسرف في حق الآكل . وأما أكله مكرهاً فهو كمن أكره رجـلا على إتلاف مال وقد تقدم ، وما أدري من اين نقل ابن شاس هذين الفرعين .

(أو نقصت) قيمة المغصوب (ل) تغير (السوق) أي القيمة والمغصوب باق بحالهفلا شيء على غاصبه . « ق » فيها ما اغتصبه غاصب فأدركه ربه بعينه لم يتغير في بدنـــه فليس له غيره ، ولا ينظر إلى نقص قيمته باختلاف سوقه طال زمان ذلك سنين أو كان ساعة واحدة ، وإنما ينظر إلى تغير بدنه قال الامام مالك رضي الله تعالى عنه ، وهـــو بخلاف المتعدي في حبس الدابة من مكتر ومستعير يأتي بها أحسن حـــالا ، فربها مخير في أخذ الكراء أو تضمينه القيمة يوم التعدي ، لأنه حبسها عن أسواقها إلا في الحبس اليسير الذي لا يتغير في مثله سوق أو بدن .

ابن القاسم ما أصله الأمانة فتعدى فيه باكراء أو ركوب من وديعة أو عارية أو كراء فهذا سبيله ، وهو بخلاف الغاصب . ابن يونس القياس أن لا فرق بينهما في هذا الوجه ، ولا يكون الغاصب أحسن حالاً من المتعدي ، وكما كان يضمن في النقص اليسير فكذلك يجب أن يضمن في نقص السوق ، وقد نحا ابن القاسم إلى المساواة بينهما لولا خوفه مخالفـــة الامام مالك رضي الله تعالى عنه .

(أو) غصب دابة وسافر بها و (رجع) الغاصب (بها) أي الدابة (من سفر) ولم

تتغير عن حالها الذي غصبها وهي به فلا شيء لربها من قيمتها ولا كرائها إن قصر السفر ، بل (ولو بعد) بضم العين أي طال أفاده تت . « ق » ابن القـاسم ما اغتصب من دواب أو رقيق أو سرق وطال مكثه بيده فليس لربه أن يلزمه قيمته إذا كان على حـاله ، ولا ينظر إلى تغير سوقه ، بخلاف المكترى والمستعير يتعدى المسافة تعدياً بعيداً فيخير ربها ، ونقله ابن رشد ، ثم قال وحكى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وأصبغ إن سافر غاصب الدابة سفراً بعيداً ثم ردها بحالها خير ربها .

ابن الماجشون أمر المكتري والغاصب واحـد . الحط قوله أو رجع بها من سفر ولو بعد هذا داخل تحت قوله وغلة مستعمل ، وإنما ذكره هنا ليبين أن هذا الفعل من الغاصب ليس بفوت يوجب تخيير ربها فيها ، وفي قيمتها ، وليبين أنه يوجب ذلـــك من المتعدي كالمستأجر ونحوه ، وليس مقصوده أنه لا كراء على الغاصب فليس معارضاً لما تقدم ، ومن حمله على نفي الكراء عن الغاصب كما هو مذهب المدونة يحتـاج أن يقيد ما تقدم بذلك . ابن الحاجب لما عدد بعض ما يكون فوتاً يوجب تخيير رب السلعة فيها . وفي قيمتها مـا نصه ولو رجع بالدابة من سفر بعيد بحالها فلا يلزم سواها عند ابن القاسم ، بخلاف تعدي المكتري والمستعير ، وفي الجميع قولان .

ابن عبد السلام ستأتي مسألة المدونة التي ذكرها المصنف بعد هـذا ، وأشار إلى قوله فإن استغل أو استعمل الخ . ابن عبد السلام هذا الحصر الذي أعطاه كلام المصنف حيث قال لم يلزم سواها ، يحتمل أن يبقى على ظاهره فلا يكون على الغاصب كراء في سفره على الدابة ، ويحتمل أنه أراد نفي قيمة الدابة التي يخير فيها رب الدابـة في التعدي لا كرائها اهـ ، ولما ذكر ابن الحاجب الأقوال في الغلة قال في كلامه هنا يحتمـل ، وأما المصنف فلم يذكر أولاً إلا المشهور ، وهو ضمان غلة المغصوب المستعمل مطلقاً ، فيحمل كلامه هنـا على نفي الضمان إلا أن يحمل كلامه الاول على مذهب المدونة ويقيد فيصح والله أعلم .

طفي تقرير تت يناقض تعميمه في قوله وله غلة مستعمل . والجواب أن ما ذكره هنا

هو مذهب المدونة ، ففيها وما اغتصب أو سرق من دواب أو رقيق فاستعملها شهراً وطال مكثها بيده أو أكراها وقبض كراءها فلا شيء عليه في ذلك من كرائها ، وإنما لربها عين شيه ، وليس له أن يلزمه قيمتها إذا كانت على حالها لم تتغير في بدن ، ولا ينظر إلى تغير سوق وما قدمه من التعميم هو ما شهره ابن الحاجب والمازري وصاحب المعين . وقال ابن عبد السلام هو الصحيح وإن كان خلاف مذهب المدونة ، لأن مذهبها أنه لا يرد غلة الرقيق والدواب ، بخلاف الدور والأرضين والابل والغنم ، ولك أن تخص قوله وغلة مستعمل بغير الدواب والرقيق فيكون جارياً على مذهبها في الموضعين . وتقرير تت في الموضعين تبع فيه الشارح ، وأصله للتوضيح في قول ابن الحاجب ولو رجع بالدابة من سفر بعيد بحالها لم يلزمه سواها عند ابن القاسم . ؟

وأما تقرير الحط لقوله أو رجع بها من سفر أنه بين به أن هذا الفصل ليس بفوت يوجب خيار ربها فيها وفي قيمتها ، وليس مقصوده أنه لا كراء له على الغاصب فبعيد عن سياق المصنف ، لأنه قصد محاذاة المدونة ، بدليل تشبيهه بالسارق بدليل ذكر الكراء في المستأجر ونحوه ، فأفاد أن مراده نفي الكراء في الغاصب ، فهو كقولها عقب ما قدمناه عنها ولم يكن على الغاصب والسارق كراء ما ركبا من الدواب ، بخلاف ما سكن من الربع أو زرع . وأما المكتري او المستعير يتعدى المسافة تعدياً بعيداً أو يحبسها أياماً كثيرة ولم يركبها ثم يردها بحالها فربها مخير في أخذ قيمتها يوم التعدي أو أخذها مع كراء حبسه إياها بعد المسافة ، وله في الوجهين على المكتري الكراء الأول والسارق أو الغاصب ليس عليه في مثل هذا قيمة ولا كراء إذا ردها بحالها .

ابن القاسم لولا ما قاله مالك لجعلت على السارق كراء ركوبه إياها أو أضمنه قيمتها إذا حبسها عن أسواقها كالمكتري ، ولكن آخذ فيها بقول مالك رضي الله تعالى عنه ، وبنصها تعلم ما في قوله وله في تعدي كمستأجر الخ من الاجمال ، وقد تولى تفصيله الحطاب و « ج » .

كَسَارِقٍ ، ولَـهُ فِي تَعَدِّي كَمُسْتَأْجِرٍ : كِرَاءُ الزَّائِدِ ، إِنْ سَلِمَتْ ، وإِلاَّ خُيِّرَ فِيهِ ، وفِي قِيمَتِهَا وَقْتَـهُ وإِنْ تَعَيَّبَ ، وإِنْ قَلَّ كَكَسْرِ نَهْدَيْهَا ، أَو جَنَى هُوَ أو أَجْنَبِيٌّ ، خُيِّرَ فِيـــهِ :

وشبه في نفي الضمان فقال (كسارق) دابة سافر بهـا ورجعت بحالها فليس لربها إلا أخذها ولو تغير سوقها أو طال حبسها على مذهب المدونة (وله) أي المالك (في تعدي كمستأجر) بكسر الجيم دابة المسافة التي استأجرها لها أو الحمل كذلـــك ، وادخلت الكاف المستعير (كراء الزائد) على المسافة المستأجر أو المستعار لها أو الحمل كذلك (إن سلمت) الدابة على المشهور (وإلا) أي وإن لم تسلم (خير) بضم الخاء المعجمة وكسر التحتية مشددة ربها (في) كراءٍ (ه) أي الزائد معها (وفي قيمتها) أي الدابة معتبرة (وقته) أي التعدي .

« ق » ابن القاسم في المكتري والمستعير يتعدى ثم يردها بحالها أن ربها يخير إن شاء أخذها مع كراء حبسه إياها بعد المسافة ، وإن شاء أخـــذ قيمتها يوم التعدي ، بخلاف السارق والغاصب . وفيها لابن القاسم وإن زاد مكتري الدابة أو مستعيرها في المسافـــة ميلاً أو أكثر فعطبت ضمن وخير ربها ، فاما ضمنه قيمتها يوم التعدي ولا كراء له في الزيادة ، أو أخذ منه كراء الزيادة ولا قيمة عليه وله على المكتري الكراء الاول بكل حال ، ولو ردها بحالها والزيادة يسيرة مثل البريد واليوم وشبهه فلا يلزمه قيمتها ، وإنما له كراء الزيادة اهـ ، فقوله وله في تعدي كمستأجر كراء الزائـــد إن سلمت ، عنى به الزائد اليسير .

(وإن تعيب) بفتحات مثقلا أي المغصوب المقوم بسماوي وهو في حوز غاصبه إن كثر عيبه ، بل (وإن قل) عيبه على المشهور من مذهب المدونة ، ومثل للعيب القليل بقوله (ككسر) أي انكسار وارتخاء (نهديها) بفتح النون وسكون الهاء مثنى نهـــد كذلك حذفت نونه لأضافته ، أي ثديي الجاريـــة وكانت حين غصبها قائمتهما (أو جنى هو) أي الغاصب (أو) جنى (أجنبي) على المغصوب ، وجواب إن تعيب قوله (خير)

بضم الخاء المعجمة وكسر التحتية مثقلة المالك (فيه) أي المعيب وفيه إجمال ، وتفصيله أنه في الصورة الأولى وهو تعيبه بسماوي ويخير بين أخذ المغصوب بلا أرش لعيبه وتركه ، وأخذ قيمته يوم غصبه . قال فيها وما أصاب السلعة بيد غاصبها من عيب قل أو أكثر بأمر من الله عز وجل فربها مخير في أخذها معيبة أو أخذ قيمتها يوم غصبها ، وليس للغاصب أن يلزم ربها أخذها ويعطيه ما نقصها إذا اختار ربها أخذ قيمتها اهـ ، وذكر هذه الصورة ابن الحاجب ولم يحك فيها خلافاً .

وفي الصورة الثانية وهو تعيبه بجناية الغاصب فيخير ربه بين أخذه وأخذ أرش الجناية من الغاصب وتركه وأخذ قيمته منه يوم غصبه ، هذا مذهب المدونة ، قال فيها ولو كان الغاصب هو الذي قطع يد الجارية فلربها أن يأخذها وما نقصها أو يدعها ويأخذ قيمتها يوم غصبها . ابن يونس قوله وما نقصها أراد يوم الجناية . وذكر ابن الحاجب فيها قولين هذا ، وعزاه لابن القاسم ، ومقابله لأشهب وهو أنه ليس له إلا أخذها بغير أرش أو أخذ القيمة ، وجعله البساطي المذهب ، وفيه نظر ، لأن الأول هو مذهب المدونة كما علمت ، ولم أر من رجح الثاني ولا من شهره .

وفي الصورة الثالثة وهو تعيبه بجناية أجنبي يخير ربه بين أخذه وأخذ أرش عيبه من الأجنبي ، أو أخذ قيمته من الغاصب يوم غصبه ويتبع الغاصب الجاني بالأرش يوم جنايته ، قال فيها ولو قطع يدها أي الجارية أجنبي ثم ذهب ولم يقدر عليه فليس لربها أخذ الغاصب بما نقصها ، وله أن يضمنه قيمتها يوم غصبها ، ثم للغاصب اتباع الجاني بما جنى عليها ، وإن شاء ربها أخذها واتبع الجاني بما نقصها دون الغاصب اهـ ، وذكرها ابن الحاجب ولم يحك فيها خلافاً أيضاً ، أفاده الحط .

وشبه في التخيير فقال (كصبغه) أي الغاصب ثوباً أبيض فلم تنقص قيمته بأن زادت أو بقيت بحالها فيخير المغصوب منه (في) أخذ (قيمته) أبيض يوم غصبه (أو أخذ ثوبه) مصبوغاً (ودفع قيمة الصبغ) بكسر الصاد المهملة أي ما صبغ به كالزعفران

وَفِي بِنَائِهِ فِي أَخْـــذِهِ ، وَدَفْـعِ قِيمَةِ نَقْضِهِ بَعْدَ سُقُوطِ كُلْفَةٍ لَمْ يَتَوَلَّهَـا ،

للغاصب وإن نقصت قيمته بصبغه فيخير ربه في أخذه وأرش نقصه ، او اخذ قيمته يوم غصبه .

ابن الحاجب وإذا صبغ الثوب خير المالك بين القيمة والثوب ودفع قيمة الصبغ . وقال اشهب لا شيء عليه في الصبغ ، اما لو نقصت قيمته فلا شيء عليه ، وله أن يأخذه . قال في التوضيح يعني اذا صبغ الغاصب الثوب فزادت قيمته أو لم تزد ولم تنقص فمذهب المدونة أنه يخير المالك فيما ذكر ، ويدل على ما قيدنا به كلام المصنف قوله في قسيمه أما لو نقصت الخ ، وهو ظاهر ، لأنه عيب فكسائر العيوب اه .

قوله لأن ذلك عيب الخ نحوه لابن عبد السلام ، واذا كان عيباً فالظاهر ان يغرم الغاصب الارش اذا اختار رب الثوب اخذه لحدوثه منه ، وقد تقدم أن مذهب المدونة تفريعه الارش مع اخذ السلعة اذا كان العيب منه . ابن عرفة في تضمين الصناع منها ولك أخذ ما خاطه الغاصب بلا غرم اجر الخياطة لتعديه . قلت الفرق بينهما أن الصبغ بادخال صنعة في المغصوب ، فأشبه البناء والخياطة بجرد عمل فأشبهت التزويق .

(و) إن غصب أرضاً وبنى أو غرس فيها فيخير مالكها (في) اخذ (بنائه) أي الغاصب أو غرسه (ودفع قيمة نقضه) بضم النون واعجام الضاد أي البناء والغرس منقوضاً (بعد سقوط) أجرة (كلفة) بضم فسكون أي نقض البناء والغرس وتسوية الأرض (لم يتولها) أي يباشر الغاصب الكلفة بنفسه ولا بابتياعه ، أي لم يكن شأنه ذلك بأن كان شأنه الاستئجار عليها اذا حكم عليه بها ، فان كان شأنه توليها بنفسه أو بنحو خدمه فلا يسقط من قيمة النقض شيء ، وسكت المصنف عن الشق الثاني وهو تكليف الغاصب بهدم بنائه او قلع شجره ونقل انقاضه وتسوية الارض .

« ق » فيها لمالك رضي الله تعالى عنه من غصب ارضاً فغرس فيها غرساً او بنى فيها بناء ثم استحقها ربها قيل للغاصب اقلع الاصول والبناء ان كان لك فيه منفعة ، الا ان

يشاء صاحب الارض ان يعطيه قيمة البناء والاصل مقلوعاً . ابن المواز بعد طرح اجرة القلع فذلك له . ابن رشد هذا اذا كان الغاصب ممن لا يتولى ذلـــك بنفسه ولا بعبيده ، وانما يستأجر عليه ، وقيل انه لا يحط من ذلك اجر القلع على مذهب ابن القاسم فيها .

وإلى هذا ذهب ابن دحون ، وعلل ذلك بأن الغاصب لو هدمه لم يكن للمغصوب منه أن يأخذه بالقيمة بعد الهدم ، وإن لم يكن في بنيان الغاصب ما له قيمة إذا قلعه فليس للغاصب على المغصوب منه شيء ، ويؤيـــده قوله ﷺ ليس لعرق ظالم حق ، ونصها وكل ما لا منفعة فيه للغاصب بعد قلعه كالجص والنقش فلا شيء له فيه ، وكذا ما حفر من بئر اهـ ، فحاصله ان للمغصوب منه أخذ ما لا قيمة له بعد قلعه بلا عوض .

(و) إن غصب حرة او أمة ووطئها فيضمن (منفعة البضع) بضم الموحدة وسكون الضاد المعجمة أي الفرج بالتفويت أي الوطء ، فعليه صداق مثلها ولو ثيبـــاً إن كانت حرة ، وما نقص من قيمتها إن كانت أمة (و) إن غصب شخصاً حراً واستعمله في عمل فيضمن منفعة الشخص (الحر بالتفويت) أي الاستعمال ، ومفهومه أنه إن لم يفوت البضع بأن لم يطأ الحرة ولا الأمة فلا شيء عليه ، ولو اختلى بها ومنعها من التزوج والولادة وهو كذلك ، ولو كانت الأمة رائعة وكذا إن لم يستعمل الحر فلا شيء عليه له ولو عطله عن عمله مدة طويلة .

ابن شاس منفعة البضع لا تضمن إلا بالتفويت ، ففي وطء الحرة مهر مثلها ولو كانت ثيباً ، وفي الأمة ما نقصها وكذا منفعة بدن الحر . ابن عرفة قوله لا يضمن إلا بالتفويت هو مقتضى قولها في السرقة وسائر الروايات إن رجع شاهدا الطلاق بعد البناء فـلا غرم عليهما ، وكذا في متعمدة إرضاع من يوجب رضاعها فسخ نكاح ، واختصره ابن الحاجب ، فقال ابن عبد السلام فمن منع حرة او أمة التزويج فلا يضمن صداقاً ، لم أعلم فيه خلافاً ، وتقدم في كتاب النكاح ما يتخرج منه خلاف لبعض الشيوخ . ابن عرفة ما أشار اليه من التخريج لم أعرفه لأحد ، ولم أعرف في النكاح ما يناسب هذا الأصل ، وهو منع منفعة النكاح

تعديا إلا قول اللخمي في الموازية إن باع السيد أمته المتزوجة بموضع لا يقدر زوجها على جماعها فيه فله الصداق ، ولا أرى للزوجة في جميع ذلك شيئاً إذا كان الامتناع منها أو من سيدها إن كانت أمة . ابن عرفة وإشارة ابن عبد السلام الى تخريج مسألة كتاب الغصب على ما اختاره اللخمي غير تام ، وهذا لأن اللخمي لم يقل يغرم قيمة المنفعة بالعضو من حيث ذاتها إنما اختار سقوط عوضها المالي بعد تقرره عوضاً فيها لطالبه بتعمد إتلافها ، ولا يلزم من سقوط المال بالتعدي ثبوت المال عن مجرد منفعة البضع ، لأنه غير مالي ، ولم يحصل له عوض مالي .

وقال ابن هرون إثر كلام ابن الحاجب وخرج فيه بعضهم أن عليه قيمة ما عطله من المنافع كالدار يغلقها والعبد يمنع منه سيده مدة ، ذكره المازري ، وهذا أيضا لم أعرفه للمازري ، إنما ذكر إذا غاب غاصب على رائعة شك في وطئه إياها في ضمانه إياها قولا الأخوين وابن القاسم ، وله في كتاب الشهادات لم يختلف المذهب أن شهيدي الطلاق بعد البناء إذا رجعا فلا غرامة عليهما . وأوجب الشافعي «رض» غرامتهما لإتلافهما منافع البضع ، وهي مما يقدم على الحقوق المالية ، واعتمد أصحابنا على أن من له زوجتان ارضعت كبراهما صغراهما فحرمتا عليه أنه لا غرم عليها فيما حرمت به فرجها عليه ، وعلى أن من قتل زوجة رجل لا يغرم له ما أتلف عليه من متعة . وقول ابن شاس وفي الأمة ما نقصها هو نصها في الاستبراء والأمة كالسلعة على واطئها غصبا ما نقصها الوطء كانت ثيباً أو بكراً ، ومثله في القذف وفي الرهون منها إن وطيء الأمة مرتهنها فعليه ما نقصها وطؤه بكراً كانت أو ثيباً إن أكرهها ، وكذا إن طاوعته وهي بكر ، فان كانت ثيباً فلا شيء عليه ، والمرتهن وغيره في ذلك سواء .

قلت في تفرقته في الثيب بين وطئها طائعة ومكرهة نظر ، والصواب عكس تفرقته ، لأنه بوطئه إياها طائعة أحدث فيها عيبا هو زناها وليس هو كذلك في وطئها مكرهة ، لأنها غير زانية ، وتقدم في الرد بالعيب أن زناها عيب .

كَحُرٍّ بَاعَهُ وَتَعَذَّرَ رُجُوعُهُ ، وَمَنْفَعَةِ غَيْرِهِما بِالْفَوَاتِ ، وَهَلْ يَضْمَنُ شَاكِيهِ لِمُغَرَّمٍ

وشبه في الضمان فقال (ك) شخص (حر) بضم الحاء المهملة وشد الراء (باعه) أي الحر شخص متعد عليه (وتعذر رجوعه) أي الحر وتحقق موته او ظن أوشك فيه فيكلف بائعه بطلبه ، فان أيس منه أغرم ديته كاملة لورثته قاله الإمام مالك رضي الله تعالى عنه . ابن رشد نزلت بطليطلة فكتب قاضيها لمحمد بن بشير قاضي قرطبة ، فجمع ابن بشير أهل العلم فأفتوا بذلك ، فكتب ان غرمه ديته كاملة فقضى عليه بها .

الحط في مسائل أبي عمران الفاسي وكتاب الاستيعاب وكتاب الفصول فيمن باع حراً ماذا يجب عليه ، قال يجد الف جلدة ويسجن سنة ، فاذا أيس منه أدى ديته الى أهله اه، وانظر قوله ألف مع قولهم في عقوبة قاتل العمد مائة . ابن يونس من اتفق مع حر على أن يقر له بالرقبة ليبيعه ويقتسمان ثمنه ففعلا وهلك البائع فيضمن المقر الثمن للمبتاع لتغريره .

(و) يضمن المتعدي منفعة (غيرهما) أي البضع والحر (بالفوات) أي عدم حصول المنفعة باستعمال المتعدي ، ولا باستعمال غيره كدار غلقها ورقيق ودابة حبسهما ولم يستعملهما عند مطرف . وابن الماجشون وابن عبد الحكم وأصبغ وابن حبيب وصوب، وتقدم أن مذهب ابن القاسم عدم ضمانها بفواتها وهو المشهور ، فقد ذكر فيها قولين مشهوراً ومصوباً قاله تت . «غ» هذا مناقض لمفهوم وقوله وغلة مستعمل اعتمد المشهور أولاً ، والمصوب ثانيا . «ق» لم يذكر هذا ابن الحاجب ، وقد قال ضمن بالاستيلاء .عب هذا إذا غصب المنفعة فلا يخالف قوله فيا تقدم وغلة مستعمل ، لأنه في غاصب الذات ونحوه للخرشي .

(و) إن شكا المغصوب منه غاصبة لظالم فغرمه زائداً عما يجب عليه غرمه ف (هل يضمن) مغصوب منه (شاكيه) أي الغاصب (ل) شخص (مغرم) بضم الميم وفتح

الذين المعجمة وكسر الراء صلة شاكي وفتحها صلة يضمن مالاً (زائداً على قدر) أجرة (الرسول) الذي يجلبه للقاضي (إن ظلم) الشاكي في شكواه بأن وجد حاكماً منصفاً واشتكاه إلى الظالم عالماً بأنه يتجاوز الحد الشرعي ويغرمه زائداً عما يلزمه غرمه ، وبه أفتى بعض شيوخ ابن يونس . ومفهوم إن ظلم أنه إن لم يظلم في شكواه بأن لم يمكنه أخذ حقه لا بشكواه للظالم فلا يغرم الزائد على قدر أجرة الرسول ، ويغرم أجرته فقط لأنها على الطالب .

(أو) يضمن الشاكي لمغرم الظالم (الجميع) أي جميع ما غرمه الظالم للمشكو ، ابن يونس به أفتى بعض شيوخنا وإن لم يظلم في شكواه فلا يضمن شيئاً أصلاً (أو لا) يضمن الشاكي شيئاً مطلقاً ، وإن ظلم في شكواه وإن أثم وأدب إن ظلم وعليه كثير في الجواب (أقوال) ثلاثة . « ق » ابن يونس اختلف في تضمين من اعتدى على رجل فقدمه إلى السلطان والمعتدي يعلم أنه إذا قدمه إليه يتجاوز في ظلمه ، ويغرمه ما لا يجب عليه كثير منهم عليه الأدب ، وقد أثم ، وكان بعض شيوخنا يفتي في مثل هذا إن كان هذا الساعي إلى السلطان الظالم أو العامل وهو ظالم له في شكواه فإنه ضامن لما أغرمه الوالي بغير حق ، وإن كان الساعي مظلوماً ولم يقدر أن ينتصف ممن ظلمه إلا بالسلطان فشكاه فأغرمه السلطان وعدا عليه ظلماً فلا شيء على الشاكي ، لأن الناس يلجؤون من الظلمة إلى السلطان ، ويلزم السلطان متى قدر عليه رد ما أغرم الشاكي ظلماً ، وكذلك ما أغرمت الرسل إلى المشكي وهو مثل ما أغرمه السلطان أو الوالي يفرق فيه بين ظلم الشاكي وعدمه ، وكان بعض أصحابنا يفتي بأن ينظر إلى القدر الذي لو استأجر الشاكي رجلاً في إحضار المشكي ، فذلك على الشاكي على كل حال ، وما زاد على ذلك مما أغرمته الرسل فيفرق فيه بين الظالم والمظلوم حسبما قدمناه . « غ » زائداً مفعول يضمن ، وفاعل ظلم الشاكي .

ومفهوم الشرط إن لم يظلم لم يغرم زائداً على قدر أجرة الرسول فقط قوله أو الجميع أي أو يضمن إن ظلم جميع المغرم من قدر أجرة الرسول والزائد . ومفهوم الشرط أنه إن

لم يظلم لا يغرم القدر ولا الزائد ، وبهـــذا يتضح الفرق بين القولين قوله أولاً ، أي أو لا يضمن الشاكي الظالم شيئاً فأحرى إن لم يظلم فهذا مفهوم موافقة واللذان قبله مفهوماً مخالفة ، فقد اشتمل كلامه على أقوال ابن يونس الثلاثة . وأما ابن عرفة فكأنه اقتصر على طريقة المازري ، ونصه المازري في ضمان المتسبب في إتلاف بقول كصيرفي ، قال فيما علمه زائفاً طيباً وكخبر من أراد صب زيت في إناء علمه مكسوراً بأنه صحيح ، وكدال ظالماً على ما أخفاه ربه عنه قولان ، وعزاهما أبو محمد للمتأخرين .

المازري كقول أشهب وابن القاسم في لزوم الجزاء من دل محرماً على صيد فقتله بدلالته ، ولو شكا رجل رجلاً لظالم لم يعلم أنه يتجاوز الحق في المشكو أو يغرمـــه مالا والمظلوم لاتباعـه للشاكي عليه ، ففي ضمان الشاكي ما غرمه المشكو قولان ، وثالثها قال بعض أصحابنا لا ضمان عليه إن كان مظلوماً . الحط أنظر إذا شكاه لظالم لا يتوقف في قتل النفس فضربه حتى مات ، فهل يلزم الشاكي شيء أم لا اهـ . قلت الظاهر أن هـذه من جزئيات قوله كحر باعه الخ ، فقد قالوا لا مفهوم للبيع ، بل كل من فعل بحر فعلاً تعذر عوده معه ، فهذا حكمه والله أعلم .

(وملكه) أي الغاصب المغصوب (إن اشتراه) أي الغاصب المغصوب من المغصوب منه إن كان المغصوب حاضراً ببلد شرائه ، بل (ولو غاب) المغصوب ببلد آخر ، لأن الأصـــل سلامته . وأشار بولو لقول أشهب إنما يجوز شراؤه غائبـــاً إذا عرف قيمته وبذل مـــا يجوز بذله فيها ، وهذا على أنه لا يشترط في بيع المغصوب لغاصبه رده لربه مدة ، وهو أحد شقي التردد المتقدم في قوله إلا من غاصبه ، وهل إن رد لربـــه مدة تردد .

« غ » أشار به إلى قولها في كتاب الصرف ولو غصبك جارية جاز أن تبيعها منه وهي غائبة ببلد آخر ، وينقدك إذا وصفها لأنهـا في ضمانه ، والدنانير في ذلك أبين . وأشار بالاغياء إلى خلاف أشهب القائل إنما يجوز أن تبيعها منه وهي غائبة إذا عرف القيمـة ، وبذل ما يجوز فيها ، والقولان مبنيان على أصل السلامة ووجوب القيمة . ابن عبد السلام

أَوْ غَرِمَ قِيمَتَهُ إنْ لَمْ يُمَوِّهْ وَرَجَعَ عَلَيْهِ بِفَضْلَةٍ أَخْفَاهَا ،

دلت هذه المسألة على أن ليس من شرط بيع المغصوب من غاصبه أن يخرج من يد غاصبه ويبقى بيد ربه ستة أشهر فأكثر ، كما شرطه بعضهم وقبله في التوضيح مع أنه قال أول البيوع ومغصوب الأمن غاصبه ، وهل إن رد لربه مدة تردد .

(أو) أي وملكه إن (غرم) بفتح الغين المعجمة وكسر الراء أي دفع الغاصب (قيمته) أي المغصوب للمغصوب منه بأن ادعى إباقه أو تلفه وغرمه قيمته فإنه يملكه (إن لم يموه) بضم التحتية وفتح الميم وكسر الواو مشددة ، أي يكذب الغاصب في دعواه تلف المغصوب أو إباقه فإن موه فيه فللمغصوب منه رد القيمة وأخذ عين شيه . « ق » فيها لابن القاسم لو قضى على الغاصب بالقيمة ثم ظهرت الأمة بعد الحكم ، فإن علم أنه أخفاها فلربها أخذها ورد ما أخذ وإن لم يعلم ذلك فلا يأخذها ربها إلا أن تظهر أفضل من الصفة بأمر بين فله الرجوع بتمام قيمتها ، وقاله أشهب ، قال ومن قال له أخذها فقد أخطأ .

(و) إن غاب المغصوب ووصفه غاصبه وقوم عليه بحسب وصفه ، ثم ظهر أنه أكمل مما وصفه به بأمر بين (رجع) مالك المغصوب (عليه)أي الغاصب (بفضله) أي زيادة على القيمة التي قوم بها (أخفا) الغاصب سبب (ها) أي الفضلة ، وهو الوصف الموجب لها . « غ » أشار به لقول ابن القاسم فيها إلا أن يظهر أفضل من تلك القيمة بأمر بين فلربها الرجوع بتمام القيمة وكان الغاصب لزمته القيمة فجحد بعضها . عياض في بعض رواياتها لرب الجارية أخذها ورد ما أخذه وإن شاء تركها وحبس ما أخذ من القيمة ، وحصل ابن عرفة فيها ثلاثة أقوال ، الأول : انحصار حقه في تمام قيمتها للمدونة . والثاني تخييره فيه وفي أخذها ويرد ما أخذ وهو الذي أنكره أشهب . والثالث : تخييره في أخذها ، وفي التمسك بما أخذ فقط لبعض رواياتها ، قال وعبر المازري عن الأول بالمشهور ولم يفسر مقابله فيحتمل كلا من الأخيرين ، وكان يمضي لنا أجراء القولين على القول بعدم التكفير بنفي الصفات بناء على أن نفي الصفة الثابتة للموصوف لا يستلزم القول بنفيه ، وعلى القول بالتكفير به بناء على أن نفي الصفة الثابتة للموصوف يستلزم القول بنفيه .

وَالْقَوْلُ لَهُ فِي تَلَفِهِ وَنَعْتِهِ وَقَدْرِهِ، وَحَلَفَ؛

الحط أشهب من قال له أخذها فقد أخطأ، كما لو نكل الغاصب وحلفت على صفتك ثم ظهرت خلاف ذلك كنت قد ظلمته في القيمة فيرجع عليك بما زدت عليه ولا يكون له رد الجارية اه، وانظر لو وصفها الغاصب ثم ظهرت أنقص مما وصفها فهل له رجوع أم لا، وكذا لو وصفها المغصوب منه ثم ظهرت أزيد.

(و)إن ادعى الغاصب تلف المغصوب وأنكره المغصوب منه ف(القول له) أي الغاصب (في) دعوى (تلفه) أي المغصوب (و)إن اختلف الغاصب والمغصوب منه في وصف المغصوب لتقويمه بحسبه فالقول للغاصب (في نعته) أي وصف المغصوب إن وصفه بما يشبه، وكذا إن اختلفا في ذاته. اللخمي إن قال غصبني هذا العبد فقال بل هذا فالقول للغاصب (والقول) للغاصب إن اختلفا في (قدره) أي المغصوب من كيل أو وزن أو عدد لأنه غارم (وحلف) الغاصب في المسائل الثلاثة إن أشبه، فإن لم يشبه وأشبه ربه فالقول له بيمينه، فإن لم يشبها فقال ابن ناجي يحلفان ويقضى بينهما بأوسط القيم، هذا هو المشهور. وقال أشهب يصدق الغاصب بكل حال وإن قال عمياً صماً ومراعاة الشبه غلط، وإنما هي في اختلاف المتبايعين في نقله والكائرة للثمن والسلعة قائمة.

ابن يونس واللخمي الأول أحسن. الحط في الوسط أي الغاصب في دعوى التلف والقدر والوصف قاله في المدونة اه، هذا يوهم أنه نص في المدونة على اليمين في دعوى التلف وليس كذلك. قال في التوضيح لم أر في الأمهات وجوب اليمين على الغاصب إذا ادعى التلف، لكن نص فيها في الشيء المستحق إذا كان مما يغاب عليه أنه يحلف إذا ادعى المشتري تلفه، وكذا في رهن ما يغاب عليه ولا يمكن أن يكون الغاصب أحسن حالاً منهما وقد نص. ابن عبد السلام على وجوب اليمين هنا في التلف اه، ونحوه لأبي الحسن، قال فيها إذا ادعى الغاصب هلاك ما غصب من أمة أو سلعة فاختلفا في صفتها صدق غاصبها بيمينه.

أبو الحسن ظاهره أنه يصدق في الهلاك من غير يمين، وقد ذكر الأمة والسلعة وقد

تقدم في الشيء المستحق إذا كان مما يغاب عليه ان يحلف المشترى إذا ادعى ، وكـذا في رهن ما يغاب ، وكيف يكون الغاصب أحسن حالاً من هؤلاء إلا أن يقال إن معنى مـا قاله هناك المغصوب صدقه أو أقام على ما ادعى بينة اهـ والله أعلم . «ق» فيها من غصب أمة وادعى هلاكها واختلفا في صفتها صدق الغاصب في صفتها مع يمينه إذا أتى بما يشبه، فإن أتى بما لا يشبه صدق المغصوب منه مع يمينه . ومن انتهب صرة ثم قال كان فيها كذا وادعى المغصوب منه أكثر فالقول للغاصب بيمينه وسمع ابن القاسم إن انتهبها وطرحها في متلف فالقول قول المنتهب منه . ابن يوس إذا طرحها ولم يفتحها ولم يدر ما فيها فالقول قول المنتهب منه بيمينه فيما يشبه ، لأنه يدعي تحقيقاً . وإن غاب الغاصب عليها ، وقال الذي فيها كذا وكذا فالقول قوله بيمينه .

تت يدخل في تخالفهما في القدر مسألتان ، الأولى غاصب صرة يلقيهـا في البحر مثلا ولا يدري ما فيها ولم يفتحها ، أو لا يلقيها ويدعي ربها أنها كذا ، ويخالفه الغاصب ، فالقول للغاصب بيمينه عند مالك «رض» . ابن ناجي وعليه الفتوى لإمكان معرفته ما فيها باطلاع سابق أو بجبسها . وقال مطرف وابن كنانة وأشهب القول لربها بيمينه إن أشبه لادعائه تحقيقاً والآخر تخميناً وإن غاب عليها فالقول له بيمينه .

الثانية : قوم أغاروا على منزل رجل والناس ينظرون فذهبوا بما فيه ولم يشهد أحد بعين المنهوب ، بل بالإغارة والنهب ، فقال ابن القاسم لا يعطى المنتهب منه بيمينه ، وإن ادعى ما يشبه محتجاً له بقول مـالك في الصرة . وقاله أشهب وعبد الملك وقال مطرف القول للمغار عليه بيمينه إن أشبه ، والمدونة محتملة لهما ففيهـا عن مالك إذا انتهبها أو غصبها بحضرة بينة ، ثم قال كان فيها كذا وادعى ربهـا أكثر فالقول للغاصب بيمينه ، ولم يبين هل طرحها في متلف أم لا اهـ ، وإن أخذ واحـــد من المغير ضمن الجميع كالسراق والمحاربين .

وشبه في التصديق في دعوى التلف والقدر والصفة باليمين فقال (ك) شخص (مشتر

منه) أي الغاصب المغصوب ثم ادعى تلفه أو قـدره أو صفته وخالفه المغصوب منه فالقول للمشتري بيمينه ، وسواء علم أن البائع له غاصب أم لا ، وظاهرم سواء كان مما يغاب عليه أم لا ، والذي في العتبيـة وابن الحاجب لو ادعى المبتاع التلف صدق فيا لا يغاب عليه من رقيق وحيوان ، ولا يصدق فيا يغاب عليه ، ويحلف بالله الذي لا إله إلا هو لقـد هلك ، ويغرم قيمته إلا أن يأتي ببينة على هلاكه من غير سببه ، وأقره في توضيحه ، قال وكذلك يفهم من المدونة . قيل وإذا صدق فيا لا يغاب عليه فإنما ذلك إذا لم يظهر كذبه كالرهن والعواري ، وأطلق هنا أفاده تت .

«ق»من رسم استأذن من سماع عيسى سئل ابن القاسم «رض» عن رجل اشترى سلعة فأقام آخر بينة أنها اغتصبت منه فزعم المشتري أنها هلكت ، قال إن كانت حيواناً فهو مصدق ، وإن كانت مما يغاب عليه فلا يقبل قوله ، وأحلف أنها هلكت وعليه قيمتها . قيل فإن كان باعها ، قال ليس عليه إلا ثمنها ، وقوله مقبول في الثمن . ابن رشد هذه مسألة صحيحة جيدة ، وقوله يحلف إن ادعى تلفها مخافة أن يكون غيبهـا ، ومثله يجري في المرتهن والمستعير والصانع يدعون تلف ما يغاب عليه .

وبين متى يضمن ما يغال عليه فقال (ثم غرم) المشتري قيمة المغصوب معتبرة بالنسبة (ل)حالها يوم آخر (رؤية) رؤى المغصوب عنده عليها بعد شرائه ، بخلاف الصانـع والمرتهن يدعي ضياعه بعد رؤيته عنده بعد شهر مثلاً ، فإنه يضمن قيمته يوم قبضه لأنهما قبضاه على الضمان ولما غيباه اتهما في استهلاكه ، فأشبها المتعدي ، بخلاف المشتري فقـد قبضه على الملكية فلا يتهم . الحط ظاهره أن القول قوله في التلف والنعت والقدر ويحلف ، والمنقول أنه يصدق في هلاك ما لا يغاب عليه ولم يذكروا حلفه ، لكن شبهوه بالرهون والعواري فاقتضى أنه يحلف وإن كان مما يغاب عليه فيحلف على التلف ويغرم القيمة . وقيل لا يمين عليه ، وقالوا إذا باعه يلزمه ثمنه .

وقوله مقبول في قدره هذا ما رأيته في المسألة في البيان والتوضيح في رسم استأذن من

سماع عيسى من الغصب ، سئل ابن القاسم عمن اشترى سلعة في سوق المسلمين فأقام غيره بينة أنها غصبت منه فزعم مشتريها هلاكها ، فقال إن كانت حيواناً صدق ، وإن كانت مما يغاب عليه فلا يقبل وأحلف وأغرم قيمتها إلا أن يأتي ببينة على هلاكها بأمر من الله تعالى ، كسرقة وغرق ونار فلا شيء عليه .

قيل فإن باعها ، قال ليس عليه إلا ثمنها . قيل له فإن قال بعتها بكذا ولا بينة له إلا قوله أيصدق في ذلك . قال قوله مقبول في ذلك لأنه قد يعرف الشيء في يديه ثم يتغير عنده قبل بيعه بكسر أو عور أو شيء بعينه . ابن رشد قال يحلف إذا ادعى تلف السلعة التي اشتراها ويغرم قيمتها مخافة أن يكون غيبها اه . وقال أصبغ يصدق في ضياع ما يغاب عليه بيمين . ابن عبد السلام وخرج بعضهم عدم اليمين على المشهور مع الضمان والله تعالى أعلم .

(و)إن باع الغاصب المغصوب ف(لربه) أي المغصوب الذي باعه غاصبه (إمضاء بيعه) أي الغاصب المغصوب لصحته وإن لم يلزم ، وظاهره علم المشتري بغصبه أم لا ، كان المالك حاضراً حين بيعه أو لا ، قريب المكان بحيث لا ضرر على مشتريه في الصبر إلى علم ما عنده أو لا ، وهو كذلك في الجميع ، وفي كل خلاف . « ق » فيها من غصب عبداً أو دابة وباعها ثم استحقها رجل وهي بحالها فليس له تضمين الغاصب قيمتها وإن حالت الأسواق ، وإنما له أن يأخذها أو يأخذ الثمن من الغاصب كما وجدها بيد الغاصب ، وإن ضاع الثمن فإن الغاصب يغرمه وليس الرضا ببيعه يوجب له حكم الأمانة في الثمن ، وفيها أيضاً قال الإمام مالك «رض» من ابتاع ثوباً من غاصب ولم يعلم فلبسه حتى أبلاه ثم استحق غرم المبتاع القيمة لربه يوم لبسه ، وإن شاء ضمن الغاصب قيمته يوم غصبه أو أجاز بيعه وأخذ ثمنه ولو تلف الثوب عند المبتاع بأمر من الله تعالى فلا يضمنه ، ولو تلف عند الغاصب بأمر من الله تعالى ضمنه اه .

اللخمي إذا باع الغاصب العبد ثم أتى صاحبه ولم يتغير سوقه ولا بدنه كان بالخيار بين

إجازة بيعه وأخذه ويرجع المشتري بثمنه ، ثم قال وإن كان العبد قائم العين وأجاز المغصوب منه بيعه لزم المشتري إلا أن يكون المغصوب منه فاسد الذمة بالحرام أو غيره ، واختلف إذا كان المشتري قد دفع الثمن للغاصب وهو فقير وأجاز المستحق البيع فقيل لا شيء له على المشتري ، وقيل يأخذ الثمن منه اه ، وضعف في النوادر الثاني وأنكره .

(تنبيهان)

الأول : اللخمي إن علم المبتاع أن بائعه غاصب وأراد رد البيع قبل قدوم المغصوب منه فليس له ذلك إذا قربت غيبته ، وله ذلك إذا بعدت لتضرره بالصبر إلى قدومه .

الثاني : إذا غصب المشترك باسم أحد الشريكين فهل ذلك منهما أو خاص بمن أخذ باسمه . ابن أبي زيد الذي عندي أن المأخوذ بينهما والباقي بينهما ، وبهذا أفتى السيوري وبحث فيه البرزلي .

(و)إن اشترى شخص رقيقاً من غاصب وأعتقه فلربه (نقض) بفتح النون وسكون القاف آخره ضاد معجمة أي فسخ ورد (عتق المشتري) الرقيق الذي اشتراه من الغاصب وأخذه ويرجع المشتري بثمنه على الغاصب (و)له (إجازته) بالزاي أي إمضاء وتنفيذ عتق المشتري ، وابتاع الغاصب بقيمته يوم غصبه أو بثمنه الذي قبضه من المبتاع ، وإن أجازه فقد تم عتقه ، وما ترتب عليه من شهادة وإرث ونحوهما . ابن المواز ان ورثت الأمة الأحرار وشهدت الشهادات ثم أجاز مالكها بيعها أو أغرم الغاصب قيمتها فلا ينقض شيء من ذلك وإن أخذها سيدها نقض ذلك كله ، ولو قطعت يدها فاقتصت على أنها حرة ثم أخذها سيدها رجع المقتص منه على عاقلة الإمام بدية اليد ، ويرجع سيدها عليه بما نقصها أفاده تت . « ق » في التهذيب من غصب أمة فباعها فقام ربها وقد أعتقها المبتاع فله أخذها ونقض عتقها نقصت أم زادت ، وله أن يجيز البيع ، فإن أجازه فقد تم عتقها بالعقد الأول .

(و)من اشترى شيئاً مغصوباً غير عالم وأتلفه عمداً أو خطأ أو تلف بسماوي (ضمن) شخص (مشتر) قيمة ما اشتراه للمغصوب منه يوم جنايته عليه والحال أنه (لم يعلم)

حين شرائه كونه مغصوباً (في) إتلافه بفعل (عمد) كأكل طعام ، وإبلاء ثوب يلبسه ، وهدم بناء . ومفهوم لم يعلم أنه إن اشتراه عالماً بغصبه فحكمه حكم غاصبه كما سيأتي . ونظر ابن يونس في تغريمه قيمته يوم لبسه بأنه غير متعد فيه ، وهو إذا لبسه يوماً أو يومين ولم ينقص فلا شيء عليه ، وإنما يضمن قيمته بإتلافه . وأجيب بأنه لما حصل هلاكه بانتفاعه به لم يفرق فيه بينه وبين المتعدي إلا أن ابن القاسم شبهه بقتله، فلذا كان عليه قيمته يوم لبسه ، وكما لو كان مرهوناً أو مودعاً عنده . وحكم المصنف بتضمين المشتري لا ينافي قول ابن الحاجب يخير المالك في تغريم المشتري قيمة المقوم ومثل المثلي أو إمضاء البيع وتضمين الغاصب قيمته أو مثله يوم غصبه أو ثمنه (لا) يضمن المشتري غير العالم ما تلف عنده (بـ)أمر (سماوي) بفتح السين مخففاً أي منسوب للسماء لصدوره من خالقها من غير تسبب المشترى فيه .

(و) ولا ضمان على المشتري غير العالم الغصب (في غلة) استغلها مما اشتراه فيحوزها واستشكل بأنه يقتضي ضمانه ، ونفي ضمانه السماوي يقتضي ضمانه الغلة، وأجاب المصنف بأن نفي الضمان إنما يقتضي نفي استحقاق الغلة إذا كان نفياً مطلقاً ، والمنفي هنا ضمان السماوي فقط .

(وهل الخطأ) في إتلاف المغصوب من مشتريه غير العالم بغصبه (كالعمد) منه في ضمانه ، وهو قول أشهب في المجموعة أبو الحسن وهو ظاهر المدونة . ابن عبد السلام وهو القياس (أو هو) أي الخطأ (كالسماوي) في عدم ضمانه المشتري غير العالم ، واليه ذهب ابن القاسم في العتبية ، في الجواب (تأويلان) أي فهمان لشارحي المدونة ، ففي التوضيح اختلف في حملها على أي القولين فجعل في البيان ما في العتبية مفسراً لها وحمل ما فيها من الضمان إذا قطع المشتري يدها على العمد ، وقال أبو الحسن ظاهرها انه لا فرق بين كون جنايته عمداً أو خطأ . وقال ابن عبد السلام انه أي عدم الفرق بين العمد والخطأ ربما تؤول المدونة عليه .

فان قلت الحكم بأن له الغلة مع الحكم بعدم ضمانه الخطأ والسماوى متنافيان ، قلت

وَوَارِثُهُ ، وَمَوْهُوبُهُ إنْ عَلِمَا : كَهُوَ ، وَإلاَّ بُدِيءَ بِالْغَاصِبِ ،

لا لأنه إذا لم يضمن يضمن الغاصب والله أعلم ، أفاده تت ، وفيها قال الإمام مالك «رض» من ابتاع ثوبا من غاصب ولم يعلم فلبسه حتى أبلاه ثم استحق غرم المبتاع قيمته لربه يوم لبسه ، وإن شاء ضمن الغاصب قيمته يوم غصبه أو أجاز بيعه وأخذ ثمنه ولو تلف الثوب عند المبتاع بأمر من الله تعالى فلا يضمنه ، ولو تلف عند غاصبه بأمر من الله تعالى ضمنه ا ﻫ .

أشهب إن استحقت بعد موتها عند مشتريها بحرية أو إيلاد أو عتق لأجل رجع على غاصبها بثمنها الا بتدبير ، ابن المواز وكتابه نقله الشيخ وابن يونس «ق» ، فيها لابن القاسم لو قتل الجارية مبتاعها من غاصب لم يعلم بغصبه فلربها أخذه بقيمتها يوم قتلها ثم يرجع هو على الغاصب بالثمن لأن الإمام مالكا « رض » قال ما ابتاعه من طعام فأكله أو ثياب فلبسها حتى أبلاها فللمستحق ذلك أخذ بمثل الطعام وقيمة الثياب ، وإنما يسقط عن المبتاع كل ما عرف هلاكه من أمر الله تعالى وأما ما كان هلاكه من سببه فانه يضمنه .

عيسى عن ابن القاسم إذا كان عمداً ، وأما في الخطأ ، فهو كما لو ذهب ذلك بأمر من الله تعالى أشهب الخطأ كالعمد لأنه جناية ابن رشد تفرقة ابن القاسم في سماع عيسى تفسير قوله في المدونة إذا لم يفرق فيها بين عمد وخطأ . ابن عرفة ظاهر كلام الشيخ أن قول أشهب وفاق لابن القاسم وعليه حملها بعضهم .

(و) إن مات الغاصب أو وهب المغصوب لشخص فقبله منه ﻓ (وارثه) أي الغاصب (وموهوبه) أي الذي وهب الغاصب المغصوب لـه حكمهما في ضمان المغصوب وغلته (ك) حكمه (هو) أي الغاصب فيه (إن علما) أي وارثه وموهوبه بغصبه ، لأن علمهما به هو صيرهما غاصبين متعديين في استيلائهما على المغصوب . ابن عرفة فيها مع غيرها من ابتاع شيئاً من غاصبه أو قبله منه هبة وهو عالم أنه غاصب فهو كالغاصب في الغلة والضمان (وإلا) أي وإن لم يعلم موهوبه بغصبه (بديء) بضم فكسر (بالغاصب) في تغريمه قيمة المغصوب الموهوب وغلته على المشهور ، لأنـه هو المسلط له عليه ، وهـذا

وَرَجَعَ عَلَيْهِ بِغَلَّةِ مَوْهُوبِهِ ، فَإِنْ أَعْسَرَ ، فَعَلَى ٱلْمَوْهُوبِ ،

قول ابن القاسم فيها ، وقيل يبدأ بالموهوب لأنه المباشر ، وقيل يخير المالك في اتباع أيهما شاء .

(و) إن بدىء بالغاصب (رجع) المغصوب منه (عليه) أي الغاصب (بغلة) المغصوب المستغلة (موهوبه) أي الغاصب ، اللخمي اتفاقاً ، لأن هبته لا تسقط عنه المطالبة المترتبة عليه بسبب غصبه ثم لا يرجع بها على الموهوب له (فإن أعسر) الغاصب (ف) يرجع المالك بالغلة (على الموهوب) له من الغاصب لمباشرته إتلافها ، وللموهوب له الرجوع بها على الغاصب إن أيسر قاله في البيان .

« ق » فيها لابن القاسم من ابتاع داراً أو عبداً من غاصب ولم يعلم فاستغله زمناً ثم استحق فالغلة للمبتاع بضمانه ، وكذلك إذا ورثه عن أبيه مثلاً ولم يدر بم كان له فاستغله زمانا ثم استحق فالغلة للوارث ، ولو وهب ذلك لابيه رجل فإن علم أن الواهب لابيه هو الذي غصب هذا الشيء من المستحق أو من مورثه فغلة ما مضى للمستحق ، فإن جهل أمر الواهب أغاصب هو ام لا فهو على الشراء حتى يعلم انه غاصب ، ومن غصب داراً أو عبيداً فوهبهم لرجل فاغتلهم وأخذ كراءهم ثم قام مستحق فإن كان الموهوب له عالماً بغصبه فللمستحق الرجوع بالغلة على أيها شاء ، وإن لم يعلم بالغصب فللمستحق أن يرجع أولاً بالغلة على الغاصب فإن كان عديماً رجع بها على الموهوب له وكذلك من غصب ثوباً أو طعاماً فوهبه لرجل فأكله أو لبس الثوب حتى أبلاه أو كانت دابة فباعها وأكل ثمنها ثم استحقت هذه الأشياء بعد فواتها بيد الموهوب له فعلى ما ذكر ، ولو أن الغاصب نفسه اغتل العبد وأخذ كراء الدار لزمه أن يرد الغلة والكراء للمستحق ، ولو مات الغاصب وترك هذه الأشياء فاستغلها ولده كانت هذه الأشياء وغلتها للمستحق .

ابن القاسم الموهوب له لا يكون في عدم الواهب أحسن حالاً من الوارث أو لا ترى أن من ابتاع قمحاً فأكله أو ثياباً فلبسها حتى أبلاها أوشاة فذبحها وأكل لحمها ، ثم استحق ذلك رجل انه له على المبتاع غرم ذلك كله ولا يوضع ذلك عنه لأنه اشتراه ، وإن هلك

بيد المبتاع بأمر من الله تعالى بغير سببه وانتفاعه ، فإن لم يعلم بالغصب وقامت بهلاك ما يغاب عليه من ذلك ببينة فلا شيء عليه ولا يضمن ما هلك من الحيوان والربع وانهدم بغير سببه ، فكما كان المشتري حين أكل أو لبس لا يضيع عنه شراؤه الضمان كان من وهبه الغاصب أحرى أن يرد ما استغل في عدم الواهب لأنه أخذ هذه الأشياء بغير ثمن .

محمد وأشهب من وهبه الغاصب له الغلة إذا لم يعلم بالغصب كالمشتري ، ولم يختلف ابن القاسم وأشهب أن ما استغل المشتري من قليل أو كثير أو سكن أو زرع له ولا شيء عليه من غلة ولا كراء ولا على الغاصب الذي باع منه ، ويرجع المبتاع بجميع الثمن على الغاصب لا يحاسبه بشيء من غلة أو كراء إلا أن يعلم المشتري بغصبه قبل الشراء فيكون كالغاصب ا هـ . ومن ابتاع من غاصب ولم يعلم دوراً أو أرضين أو حيواناً أو ثياباً أو ما له غلة أو نخلاً فأثمرت عنده فالغلة والثمرة للمبتاع بضمانه إلى يوم يستحقها ربها .

ولو كان الغاصب إنما وهبه ذلك لرجع المستحق بالغلة على الموهوب له في عدم الغاصب ويكون للموهوب له من الغلة قيمة عمله وعلاجه ا هـ . منها (و) إن ادعى شخص على آخر بأنه غصب منه مالاً فانكره فأقام عليه شاهداً بمعاينة غصبه وشاهداً آخر بإقراره له به (لفق) بضم اللام وكسر الفاء مشددة أي ضم (شاهد) شهد (ب) معاينة (الغصب) من المدعي عليه للمدعى (ل) شهادة شاهد (آخر) شهد للمدعي (على إقراره) أي المدعى عليه (بالغصب) لمال المدعي وثبت الغصب بشهادتهما فيحكم على المدعى عليه بردالمغصوب بعينه إن لم يفت وعوضه إن كان فات فيها لابن القاسم رحمه الله تعالى إن أقمت شاهداً أن فلاناً غصبك هذه الأمة وشهد آخر على إقراره أنه غصبكها تمت الشهادة .

أبو الحسن أي بالغصب ، وقضى لك بها بلا يمين القضاء ولم تتم بالملك ، عياض إذ قد تكون بيدك وديعة أو عارية أو رهناً أو بأجرة ولا يعارض ما هنا قولها لو شهد رجل بقتل خطأ وآخر على الإقرار به فلا يجب على العاقلة شيء من الدية إلا بالقسامة لأنه هنا أقر على نفسه فلزمه إقراره وهناك على عاقلته فلم يعتبر إقراره أفاده تت .

كَشَاهِدٍ بِمِلْكِكَ ، لِثَانٍ بِغَصْبِكَ ، وجُعِلْتَ ذَا يَدٍ ، لَا مَالِكاً ، إلاَّ أنْ تَحْلِفَ مَــعَ شَاهِدِ المِلْكِ ، ويَمِينِ القضاء

وشبه في التلفيق فقال (كشاهد بملكك) لما ادعيت غصبه منك (ل) شاهد (ثان) شهد (بغصبك) أي بغصبها منك (وجعلت) بضم فكسر وفتح تاء خطاب المدعي (ذا) أي صاحب (يد) أي حائزا فقط للمدعى به ، وفي بعض النسخ حائزاً والمعنى واحد ويعني بلا يمين في الصورة الثانية مع قيام السلعة لاجتماع الشاهدين على حوز المشهود له ، فان فاتت أو تعيبت فليس له أن يضمن المشهود عليه قيمتها إلا إذا حلف مع شاهد الملك وهذا الذي درج عليه المصنف هنا تبــع فيه ما في التنبيهات لعياض ، ونقــل « غ » كلامه وسيأتي .

وعطف على ذايد أو حائزاً بلا فقال (لا مالكاً) له في المسألتين لأن شاهد الغصب لم يثبت لك ملكا لاحتمال أنك حزتها بإيداع أو إعارة أو رهن أو إجارة في كل حال (إلا أن تحلف) يا مدعي (مع شاهد الملك) أن ما شهد به حق وإنك مالك له (و) تحلف أيضاً (يمين القضاء) إنك لم تبعها ولم تتصدق بها ولم تهبها ولم تخرج عن ملكك بوجه من الوجوه لأن شاهد الملك لم يثبت لك غصباً لاحتمال أنها خرجت عن ملكك بوجه مما تقدم ، وهذا على ثبوت الواو ، وكما في الأقفهسي من مسودة المصنف ، وكثير وعند الشارحين بغير واو فيحلف يمينا واحدة يجمع الأمرين فيها .

« غ » هاتان مسألتان ، أما الأولى : فقال فيها في المدونة وإن أقمت شاهداً أن فلانا غصبك هذه الأمة ، وشاهداً آخر على إقراره أنه غصبكها تمت الشهادة ، أبو الحسن أي تمت الشهادة بالغصب ، ويقضى لك بها من غير يمين القضاء ولم تتم بالملك إذ قد تكون بيده وديعة أو عارية أو رهنا أو باجرة .

وأما الثانية : فقال فيها في المدونة لو شهد أحدهما أنها لك وشهد آخر أنه غصبكها فقد اجتمعا على إيجاب ملكك لها فيقضي لك بها ولم يجتمعا على إيجاب غصبك، فإن دخل الجارية نقص كان لك أن تحلف مع الشاهد بالغصب وتضمن الغاصب القيمة ، هكذا

اختصرها أبو سعيد وأكثرهم ، تبعا لأبي محمد والذي في الامهات لو أني أقمت شاهداً على انه غصبنيها وأقمت آخر على أنها جاريتي قال لأراها شهادة واحدة ، فإن دخل الجارية نقص حلف مع الذي شهد له أنه غصبها وأخذ قيمتها إن شاء .

قال عياض لم يجعلها شهادة واحـــدة ، إذ لم يتفقا على الغصب فيضمنه القيمة في الفوات ، ولا على الملك فيأخذها بعد يمين القضاء في القيام أنه لم يفوتها ، وأنها ملكه ، إذ لم يشهد شاهد الغصب بالملك التام ، وإذ لو شهـــد بالملك التام ما حكم لربهـــا حتى يحلف يمين القضاء انها مـــا خرجت عن ملكه ، ولو تمت الشهادة بالغصب لم تتم بالملك إذ يقول لا أدري أنها ملكه ولعلها عنده وديعة أو عارية أو رهن أو بإجارة ، وإنما رأيته أخذها من يده وقد ذكر أبو عمران عن أصبغ ان ابن القاسم رجع عما في كتاب الغصب ، وقال أراها شهادة واحدة لما قلناه ، وجعلها في الرواية الأخرى شهادة واحدة ولم يقل تامة لأنها توجب في قيامها تقديم يد القائم عليها دون الحكم له بملكها حتى يحلف مـــع شاهد الملك ويمين القضاء حتى لو جاء آخر بشاهدين على الملك أو شاهد عليه وأراد أن يحلف معه كان أحق به ، إلا أن يحلف هذا مع شاهد الملك .

واختلف هل يمينه مع شاهد الملك معارض لشاهدين بملك غيره أو يرجح عليـــه الشاهدان ؟ وعلى هذه الرواية الأخيرة في المسألة اختصرها أبو محمد ، وقال فقد اجتمعـــا على ايجاب الملك ولم يجتمعا على ايجاب الغصب ، وتبعه أكثر المختصرين ، وقد قال بعـــد هذا إذا شهدوا أنه غصبها منه فقد شهدوا أنها له وإن قالوا لا ندري أهي للمغصوب منه أم لا ، ثم قال أما كنت ترده عليه وهذا إنما أراد ردها اليه بتقديم يده عليها على مـــا قدمناه ، ا هـ ، وقد ظهر لـــك أن قوله وجعلت زايد لا مالكا راجع للمسألتين ، وأن قوله إلا أن يحلف مع شاهد الملك خاص بالثانية ، إذ لا شاهد ملك في الأولى والله سبحانه وتعالى أعلم .

« ق » فيها لابن القاسم وإن أقمت شاهداً أن فلاناً غصبك هذه الأمـــة وشاهداً

آخر أنها لك فقد اجتمعا على ايجاب ملكك لها فيقضى لك بها بعد أن تحلف أنك مـــا بعت ولا وهبت ، كمن استحق شيئاً ببينة وذلك إذا ادعـــاها الغاصب لنفسه لأنهما لم يجتمعا على ايجاب الغصب . ابن يونس وقال بعض الفقهاء شهادتهما مخالفـــة ، فإذا لم تفت حلف مع أي الشاهدين شاء . فان حلف مع شاهد الغصب حلف لقد شهد شاهده بحق وردت إلى يده بالحيازة فقط ، لأنه لم يثبت له ملكاً وشاهد الملك لم يثبت له غصباً ، إذ يمكن أن تكون خرجت عن ملكه ببيع إلى الذي هي بيده ، فلما لم يجتمعا على ملك ولا على غصب حلف كما قدمنا .

ابن القاسم ولو دخل الجارية نقص كان لك أن تحلف مع شاهد الغصب وتضمن الغاصب القيمة قوله وجعلت ذا يد لا مالكا لم يذكر هذا في المدونة . وظاهر ما تقدم لابن يونس أن ما لبعض الفقهاء معارض لها ، وإنما هو إذا حلف مع شاهد الغصب ولم يذكر سيدنا الشيخ خليل أنه يحلف . طفي أنت ترى أن ابن يونس إنما ذكر هذا على عدم التلفيق ، وأن الشهادة مختلفة فلا بد من الحلف مع أحدهما لانفراد كل بشهادة . وأما على ما درج عليه المصنف من التلفيق فلا يحتاج لليمين مع شاهد الغصب ، لأن الشهادة تمت على الحوز ، ولذا لم يذكرها المصنف معه ، بل قال وجعلت ذا يد فقط فما قاله الشارحان من التخيير بين الحلف مع شاهد الملك والحلف مع شاهد الغصب وهم .

واعلم أن المصنف سلك في هذه المسألة طريق عياض في التلفيق وكونها شهادة بالملك غير التام ، وطريق أبي محمد وأبي سعيد وكثير من المختصرين أنها شهادة تامة يقضى بها بالملك مع يمين القضاء ، انظر التنبيهات و « غ » ، فقد نقل كلامهما والله أعلم . البناني ولما لم يقف « ق » على كلام التنبيهات اعترض على المصنف بأنه خالف ما في المدونة ، ونقل ابن يونس ووهم الشارحان فحملا كلام المصنف على ما نقله . ابن يونس وهو غير صحيـــح لتصريح المصنف بالتلفيق ولعدم ذكره اليمين .

(وإن ادعت) امرأة (استكراها) أي أكراها على الزنا بها كذا وجد في نسخـــة

عَلَى غَيْرِ لَائِقٍ بِلاَ تَعَلُّقٍ ، حُدَّتْ لَهُ ،

المصنف وبعده بياض خال عن الكتابة فكتب فيه تلميذه الأقفهسي بخطه (على) رجل (غير لائق به) الاكراه على الزنا لعدالته ، وصله ادعت (بلا تعلق) منها بالرجل الذي ادعت عليه عند زناه بها (حدت) بضم الحاء المهملة وشد الدال كذلك بسبب قذفها (له) أي المدعى عليه غير اللائق به ولم يتكلم عليه الشارحان .

وفي الشامل وحدت مدعية الاكراه على من لا يتهم به ونظر الحاكم إن اتهم اهـ ، وفي غصب المقدمات إن ادعت الاستكراه على رجل صالح لا يليق به ذلك وهي غير متعلقة به فلا اختلاف أنه لا شيء على الرجل ، وأنها تحد له حد القذف وحد الزنا إن ظهر بها حمل . وأما إن لم يظهر بها حمل فيتخرج وجوب حد الزنا عليها على الاختلاف في حد من أقر بوطء أمة وادعى أنه اشتراها أو بوطء حرة وادعى أنه تزوجها فيحد على مذهب ابن القاسم ، إلا أن يرجع عن قوله ولا يحد على مذهب أشهب ، وهو نص قول ابن حبيب في الواضحة وإن اتت متعلقة بهذا الرجل الصالح فهذا يسقط عنها حد الزنا لما بلغت من فضيحة نفسها وتحد حد القذف عند ابن القاسم ، وإن ادعته على فاسق ولم تأت متعلقة به فلا تحد له حد القذف ولا تحد حد الزنا أيضاً إلا أن يظهر بها حمل ولا صداق لها ، وينظر الامام في أمره . وإن أتت متعلقة بهذا الفاسق سقط عنها حد القذف وحد الزنا . وإن ظهر بها حمل انظر المقدمات ، فقد أطال هنا ، وذكرها ابن عرفة في فصل الصداق أفاده «غ» و «ق» .

الحط مفهوم قوله بلا تعلق أنها لو تعلقت به لا تحد له . ومفهوم غير لائق به أنه لو كان لائقاً به لا تحد له ولو لم تتعلق به . وفي الاكمال ولو ادعت امرأة مثل هذا عندنا على أحد من المسلمين حدت له للقذف وكذبناها ، ولا تقبل دعواها ، ولا تلحقه تبعة بقولها إلا أن تأتي متعلقة به تدمي مستغيثة لأول حالها وكان لم يشتهر بخير ولم يعرف بذكاء . وأما إن جاءت متعلقة بمن لا يليق ذلك به فلا شيء عليه . واختلف عندنا في حدها للقذف فقيل تحد . وقيل لا تحد لما بلغت من فضيحة نفسها ولا حد عليها للزنا ولبعض أصحابنا

في المشتهرة بذلك مثل صاحبة جرير أنها تحد للزنا على كل حـــال ولا تصدق بتعلقها وفضيحتها نفسها ، لأنها لم تزل مفتضحة بحالها ، وهذا صحيح في النظر اه .

ولما أنهى الكلام على الغاصب عقبه بالكلام على المتعدي لتناسبهما فقال (و) الشخص (المتعدي) بكسر الدال المهملة . ابن عرفة التعدي المازري هو غير الغصب أحسن مـا ميز به عنه أن التعدي الانتفاع بملك الغير بغير حق دون قصد تملكه الرقبة أو إتلافـه أو بعضه دون قصد تملكه . قلت وحاصل مسائل التعدي أنه الانتفاع بمال الغير دون حق فيه خطؤه كعمده ، والتصرف فيه بغير إذنه ولا إذن قاض أو من يقوم مقـامه لفقدهما ، فيدخل تعدي المقارض وسائر الاجراء والاجانب شخص (جـان) بجيم ونون من الجناية (على بعض) من شيء لغيره ولما لم يشمل هذا تعدي المكتري والمستعير دابـة المسافة التي اكترى أو استعار لها لتعديه عليها كلها زاد لادخاله (غالباً) إذ مفهومـه إن من غير الغالب التعدي على جميع الشيء كما تقـدم ، وكاستعمال مودع بالفتح وديعة .

« غ » اختصر هنا قول ابن الحاجب وفيها المتعدي يفارق الغاصب لأن المتعدي جنى على بعض السلعة والغاصب أخذها ، ككسر الصفحة وتحريق الثوب وزاد غالباً لقول ابن عبد السلام أنه لا يعم صور التعدي ، ألا ترى أن المكتري والمستعير إذا زاد في المسافـة يكون حكمهما حكم المتعدي لا حكم الغاصب ، وكذلك من أودعت عنده دابـة أو ثوب فاستعملها فهذا الفرق الذي ذكره عنها لا يكفي في هذا الموضع وقبله في التوضيـح . ابن عرفة قوله لا يعم صور التعدي بناء منه على أن جناية المكتري والمستعير على الدابـة ، ويرد بأن من أجزائها ملكها من حيث كونها مأخوذة وجنايتهما لم تتعلق به ، ولذا فرق فيها بين هبة العبد وبين هبة خدمته لرجـل حياته ورقبته بعده لآخر في زكاة فطره والجناية عليه . ومقتضى الروايات أن المتعدي هو المتصرف في شيء بغير إذن ربـه دون قصد تملكه وبالله تعالى التوفيق .

ابن عرفة ابن الحاجب إن غصب السكنى فانهدمت الدار فلا يضمن إلا أجـرة

فَإِنْ أَفَاتَ ٱلْمَقْصُودَ : كَقَطْعِ ذَنَبِ دَابَّـةِ ذِي هَيْئَةٍ ، أَوْ أُذُنِهَا ، أَوْ طَيْلَسَانِهِ ،

السكنى . ابن عبد السلام معناه أنه غير غاصب للذات لأنه لم يقصده ملك رقبتها فهو متعد ، وقد علم الفرق في المذهب بين المتعدي والغاصب وهو حسن لو طردوه ، ولكنهم جعلوا المتعدي على الدابة المكتراة أو المعارة ضامناً للرقبة .

فإن قلت المتعدي على الدابة ناقل لها . قلت أسقط أهل المذهب وصف النقل في حد المغصوب عن درجة الاعتبار في ضمان الغاصب ، وكذا ينبغي في المتعدي . قلت ظاهر لفظ ابن الحاجب وشارحه أنه لا يضمن الدار ولا شيئاً منها سكن جميعها أو بعضها ،وهو خلاف نقل ابن شاس عن المذهب . قال لو غصب السكنى فقط فانهدمت الدار إلا موضع سكناه فلا يضمن ، ولو انهدم مسكنه لضمن قيمته والتحقيق في ذلك إجراء المسألة على حكم هلاك المتعدي فيه مدة التعدي بأمر سماوي لا تسبب فيه للمتعدي ، وتقدم تحصيله في العارية ، فنقل ابن الحاجب على لغو ضمانه بذلك ، ونقل ابن شاس على ضمانه بذلك ، وبهذا تبين لك ضعف مناقضة ابن عبد السلام بين مسألة التعدي بالسكنى ومسألة التعدي بالركوب ، لأن الهلاك في زمن التعدي بالركوب لا يعلم كونه بغير سبب المتعدي ، والهدم يعلم كونه لا بسببه ، وقياسه في آخر كلامه التعدي على الغصب واضح رده بما فرق به أهل المذهب بين التعدي والغصب من ذلك اعتبار لازمي ذاتيهما لازم ذات الغصب قصد تملك الرقبة ، فلم يفتقر معه في الضمان إلى نقل ولازم ذات التعدي البراءة من قصد تملك الذات فناسب وقف ضمانها على التصرف فيها بالنقل .

(فإن أفات) المتعدي بتعديه النفع (المقصود) مما تعدى هو عليه (كقطع) ذنب (دابة ذي هيئة) أي عظمة وعلو منزلة كقاض وإمام (أو) قطع (أذنها) على الرواية المشهورة عن الامام مالك رضي الله تعالى عنه ورواية ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وأصبغ ، وصوبها اللخمي (أو طيلسانه) أي ذي الهيئة بفتح الطاء المهملة واللام وسكون التحتية أي ما يحمله على رأسه في الشتاء لدفع البرد وقلنسوته ، لأنه

أَوْ لَبَنِ شَاةٍ هُوَ الْمَقْصُودُ ، وَقَلْعُ عَيْنَيْ عَبْدٍ أَوْ يَدَيْهِ فَلَهُ أَخْذُهُ وَنَقْصُهُ ، أَوْ قِيمَتُهُ ،

إتلاف للنفعة المقصودة منها ، إذ بعدما ذكر لا ينتفع بها ذو الهيئة ، والدابة تشمل البغلة والفرس والحمار الفاره ، ونسخة الأقفهسي والبساطي بغلة بدل دابة .

(و) قطع (لبن) نحو (شاة هو المقصود) من اقتنائها ، وكذا تقليله عند مطرف وابن الماجشون وأصبغ ، ومفهوم هو المقصود منها أنه إذا لم يكن هو المقصود منها فإتلافه يوجب أرشه فقط (و) ك (قلع عيني) مثنى عين حذفت نونه لاضافته ا (عبد أو) قطع (يديه) وجواب فإن أفات المقصود (فله) أي مالك المتعدي عليه (أخذه) أي المتعدي عليه (و) أخذ أرش (نقصه و) له تركه للمتعدى وأخذ (قيمته) منه يوم تعديه .

« ق » اللخمي على أربعة أوجه يسير لم يبطل الغرض المقصود منه ، ويسير أبطل ذلك منه ، وكثير لم يبطل الغرض منه ، وكثير أبطل ذلك منه ، فاليسير الذي يبطل الغرض المقصود منه فيه خلاف . ابن القصار يضمن جميعه ، فإن قطع ذنب دابة القاضي أو أذنها ضمنها وكذا مركوب كل من يعلم أن مثله لا يركب مثل ذلك فذلك سواء ، وسواء كانت الدابة حماراً أو بغلا أو غيرهما ، ولا فرق بين المركوب والملبوس كقلنسوة القاضي وطيلسانه وعمامته ، وكذا من يعلم أنه لا يلبس مثل ذلك المجني عليه ولا يستعمله فيما قصد اليه ، فهذه الرواية المشهورة عن مالك رضي الله تعالى عنه .

ابن يونس عن الأخوين لو تعدى على شاة بأمر قل لبنها به ، فإن كان عظم ما تراد له اللبن ضمن قيمتها إن شاء ربها ، وإن لم تكن غزيرة اللبن فإنما يضمن ما نقصها . وأما الناقه والبقرة فإنما فيهما ما نقصها ، وإن كانتا غزيرتي اللبن ، لأن فيها منافع غيره باقية . وفي المدونة من فقأ عيني عبد رجل أو قطع يديه جميعاً فقد أبطله ، ويضمن الجارح قيمته ويعتق عليه ، وإن لم يبطله مثل أن يفقأ له عيناً واحدة أو جدع أنفه وشبهه فعليه ما نقصه ولا يعتق عليه . ابن رشد إن قطع الواحدة من صانع ضمن قيمته اتفاقاً .

وإنْ لَمْ يُفِتْهُ فَنَقْصُهُ ؛ كَلَبَنِ بَقَرَةٍ ، وَيَدِ عَبْدٍ أَوْ عَيْنِهِ ، وَعَتَقَ عَلَيْهِ ، إنْ قُوِّمَ ، وَلَا مَنْعَ لِصَاحِبِهِ فِي الْفَاحِشِ عَلَى الْأَرْجَحِ ،

(وإن لم يفته) بضم فكسر أي المتعدي الغرض المقصود من المتعدي عليه (ف) أرش (نقصه) أي المتعدي عليه يستحقه مالكه من المتعدى ، ومثل لغير المفيت بقوله (كلبن بقرة) أو ناقة ولو مقصوداً منها ، لأن فيها منافع غيره . وقال ابن الماجشون لبن البقرة المقصود كلبن الشاة (و) قطع (يد عبد و) قلع (عينه) أي العبد فلا يفيت الغرض المقصود منه لبقاء منافعه بما بقي من يديه وعينيه ، ظاهره ولو صانعاً ، وهو مذهب ابن القاسم . وطريق ابن رشد من سماع أصبغ أنه إن قطع يد الصانع أو قلع عينه يضمن قيمته اتفاقاً .

(و) إن تعدى على رقيق غيره بقطع أوفقء ، (عتق) بفتحات لرقيق (عليه) أي المتعدي (إن قوم) بضم فكسر مثقلا الرقيق (عليه) أي المتعدي بأن اختار سيده تغريمه قيمته ، ومفهوم إن قوم عليه أنه إن اختار سيده أخذه وأرش نقصه فلا يعتق ، وهو كذلك ، وهذا في غير مفيت الغرض المقصود. وأشار إلى المفيت بقوله (ولا منع لصاحبه) أي الرقيق المتعدى عليه بقطع أو فقء من التقويم والعتق على المتعدي (في) التعدي (الفاحش) المفوت الغرض المقصود كقطع يديه او قلع عينيه (على الأرجح) عند ابن يونس من الخلاف .

«ق» ابن يونس عن بعض الفقهاء معنى قول ابن القاسم أن الجاني على العبد جناية مفسدة يغرم قيمته ويعتق عليه ، إنما هذا إذا طلب سيده . وأما إن أبى فله أخذ العبد وما نقصه وليس العتق بأمر وجب للعبد لا بد منه . ابن يونس هذا خلاف ظاهر قول ابن القاسم وأشهب ، والصواب من هذا ، والذي اختاره أنه إذا أفسده هكذا أن يغرم الجاني قيمته ويعتق عليه ما أحب سيده أو كره ، لأن قيمته عوضه فهو مضاه في ترك قيمته صحيحاً وأخذ ما لا ينتفع به وأحرام العبد العتق وإن لم يفسده ، مثل أن يفقأ عينه الواحدة أو يقطع يده الواحدة ولم يذهب بها أكثر منافعه فيخير سيده بين أخذه وما نقصه ،

وَرَفَا الثَّوْبَ مُطْلَقاً ، وَفِي أُجرَةِ الطَّبِيبِ : قَوْلاَنِ .

لأنه ينتفع به أو يغرم الجاني قيمته ويعتق عليه أدباً له لتعديه وظلمه، كما قال الإمام مالك وأشهب «رض» .

وأما إن كانت الجناية يسيرة مثل أن يجدع أذنه أو يقطع أصبعه ولم يفسده ذلك فليس عليه إلا ما نقصه ، طفي فاختلاف ابن يونس وبعض القرويين إنما هو في معنى قول ابن القاسم فيها ومن تعدى على عبد رجل ففقأ عينه أو قطع له جارحة أو جارحتين فما كان من ذلك فساداً فاحشاً حتى لم يبق فيه كبير منفعة فانه يضمن قيمته ويعتق عليه ا هـ، فالمناسب لاصطلاح المصنف التأويلان، لكن لما لم يقتصر ابن يونس على ذلك وجعل المراتب ثلاثاً مفسداً فاحشاً ، وكثيراً غير مفسد، ويسيراً أراد المصنف الإشارة إلى اختياره، ولذا قيد بالفاحش إشارة إلى أن غيره له المنع فيه والله أعلم .

(ورفا) بالفاء أي أصلح المتعدي (الثوب) الذي خرقه بتعديه عليه وشعب القصعة التي شقها رفواً (مطلقاً) عن التقييد باليسارة أو الكثرة ويغرم أرش نقصه بعد رفوه في اليسير اتفاقاً ، وفي الكثير على ظاهر كلام المتقدمين . وقال ابن يونس لا يلزمه رفوه لأنه قد يكون ضعف قيمته كله والمتعدي لا يلزمه إلا قيمته (وفي) لزوم (أجرة الطبيب) الذي يداوي المتعدى عليه بقطع أو فقء المتعدي تنزيلاً للتطبيب منزلة الرفو، واستحسنه اللخمي وعدم لزومها لأن الرفو محقق نفعه بخلاف التطبيب . ابن عبد السلام هذا ظاهر المذهب ، وصححه في الشامل وشهره بعضهم (قولان) لم يطلع المصنف على أرجحية أحدهما .

«ق» فيها لابن القاسم من تعدى على صحفة أو عصا لرجل فكسرها أو خرق ثوبه، فإن أفسد ذلك فساداً كثيراً خير ربه في أخذ قيمته جميعه أو أخذه بعينه وأخذ ما نقص من المتعدي وإن كان الفساد يسيراً فلا خيار له وإنما له ما نقصه بعد رفو الثوب . ابن يونس بعض أصحابنا إذا أفسد الثوب فساداً كثيراً واختار ربه أخذه وما نقصه فانما يعني أن يرفي ويخاط وتشعب القصعة ونحو ذلك كما قال في الفساد اليسير أنه يأخذ الثوب وما نقصه

﴿ فصل ﴾

بعد رفوه لا فرق بين اليسير والكثير، بخلاف الجناية على الحيوان فليس على الجاني أن يغرم إلا ما نقص بعد أن يداوي الدابة .

والفرق بينهما أن ما ينفق على المداواة غير معلوم، ولا يعلم هل ترجع إلى ما كانت عليه أم لا ، والرفو والخياطة معلوم ما ينفق عليهما ويرجعان الى ما كانا . ابن يونس هـذا الذي ذكر في الفساد الكثير في الثوب أنـه يأخذه وما نقصه بعد الرفو خلاف ظاهر قولهم ، ووجه فساده أنه يغرم في رفو الثوب أكثر من قيمته صحيحاً ، وذلك لا يلزمه والله سبحانه وتعالى أعلم .

(باب)

(في بيان احكام الاستحقاق)

ويتوقف بيان أحكامه على معرفة حقيقته وسببه وشروطه وموانعه وحكمه . ابن عرفة وهو من تراجم كتبها ، وعرفه بأنه رفع ملك شيء بثبوت ملك قبله أو حرية كذلك بغير عوض . قوله رفع جنس شمل المعرف وغيره من أنواع الرفع ، وإضافته للملك فصل مخرج رفع غير الملك . وقوله بثبوت ملك قبله فصل ثان مخرج رفع الملك بعتق او صدقة او هبة او بيع او نكاح او خلع او جناية او نحوها من أسباب رفع الملك، وقوله او حرية عطف على ملك أي او رفع ملك شيء بثبوت حريته . ومعنى قوله كذلك قبله وقوله بغير عوض فصل ثالث مخرج رفع ملك ما عرف لمعين معصوم بعد بيعه او قسمه من الغنيمة ، فانـه لا يؤخذ من مشتريه او من وقع في سهمه إلا بثمنه او قيمته التي قوم بها .

وقال في اللباب هو الحكم بإخراج المدعي فيه من يد حائزه إلى يد مدعيه بعد ثبوت سببه وشروطه وانتفاء موانعه في تكميل التقييد في بعض الحواشي هـل يرد عليه أي تعريف . ابن عرفة اعتصار الهبة اهـ ، ويرد عليه أيضاً أنـه غير منعكس لعدم شموله استحقاق مدعي الحرية وهو استحقاق شرعي وقد يقال يشمله لأن مدعي الحرية يملك منفعة

نفسه واستحقاقه برقبته برفع ملكه عنها أفاده البناني . العدوي لا يخفى أن ابن عرفة لو أراد ذلك لكان الأخصر ان يقول رفع ملك بثبوت ملك او حرية قبله ، فالظاهر أنه أراد بقوله او حرية كذلك استحقاق مدعي الحرية برقبته، فالتقدير او رفع حرية كذلك أي بثبوت ملك قبله .

فان قلت يلزم على هذا أنه لم يذكر الاستحقاق بحرية فالجواب لعله رأى أنه ليس استحقاقا حقيقيا ، وإن اطلاقه عليه مجاز فلا حاجة لإدخاله في التعريف ، وعدم إدخاله أولى من عدم إدخال الاستحقاق برقية مدعي الحرية، كذا قيل ، وفيه أنه يمكن أن يقول رفع ملك او حرية بثبوت ملك او حرية قبله .

ابن عرفة حكمه الوجوب عند تيسر سببه في الربع على عدم يمين مستحقه وعلى يمينه مباح كغير الربع لأن الحلف مشقة اهـ . أقول الظاهر أن الاستحقاق بالحرية او الرقية واجب عند تيسر سببه ، وبغيرهما مباح عنده ولو على عدم اليمين ، لأن تركه ليس من الإضاعة المنهى عنها، وسببه قيام البينة على عين الشيء المستحق أنه ملك المدعي لايعلمون خروجه ولا خروج شيء منه عنه حتى الآن ، والشهادة بأنها لم تخرج عن ملكه إنما تكون على نفي العلم في قول ابن القاسم المعمول به قاله في اللباب، وشروطه ثلاثة ،الأول الشهادة على عينه إن أمكن وإلا فحيازته وهي أن يبعث القاضي عدلين ، وقيل أو عدلاً مع الشهود الذين شهدوا بالملكية، فإذا كانت داراً مثلا قالوا لهما مثلا هذه الدار التي شهدنا فيها عند القاضي فلان الشهادة المقيدة أعلاه .

الثاني : الأعذار في ذلك إلى الحائز ، فإن ادعى مدفعاً أجله فيه بحسب ما يراه .

الثالث : يمين الاستبراء .

واختلف في لزومها على ثلاثة أقوال ، الأول : أنه لا بد منها في جميع الأشياء قاله ابن القاسم وابن وهب وسحنون .

الثاني : لا يمين في الجميع قاله ابن كنانة .

الثالث : أنه لا يحلف في العقار ويحلف في غيره وهو المعمول به عند الأندلسيين . وفي

سجلات الباجي لو استحق من يد غاصب فلا يحلف .

ابن سلمون لا يمين على مستحق الأصل إلا أن يدعي عليه خصمه ما يوجبها . وقيل لا بد من اليمين كالعروض والحيوان ا هـ ، ثم قال وأما غير الأصول من الرقيق والدواب والعروض وغيرها فيكتب في استحقاقها يعرف شهوده فلانا ويعلمون له مالا وملكا جارية ، وصفتها كذا ، او فرسا او ثوبا صفته كذا لا يعلمون له في ذلك بيعا ولا تفويتا ، ولا أنه خرج عن ملكه بوجه حتى الآن . وقيدوا على ذلك شهادتهم على عين الثوب او الفرس او الجارية في كذا ، فإذا ثبت هذا فلا بد من اليمين ، ونصه حلف بإذن القاضي بقرية كذا فلان المذكور في رسم الاسترعاء بكذا ، بحيث يجب وكما تجب يمينا قال فيها وبالله الذي لا إله إلا هو ما بعت الفرس او الثوب او الجارية المشهود لي بملكيته ، ولا فوته ولا خرج عن ملكي بوجه من وجوه الفوات حتى الآن ومن حضر اليمين المنصوصة عن الإذن واستوعبها من الحالف وعرفه قيد على ذلك شهادته في كذا وكانت يمينه على عين الجارية او الفرس او الثوب ، وهو يشير اليها في يمينه زيادة بيان اليمين في هذا واجبة على المشهور المعمول به . بخلاف الأصول فلا يمين فيها إلا على قول سحنون .

وحكى ابن سهل عن ابن كنانة ان لا يمين على مستحق العرض والحيوان إلا أن يدعي الخصم ما يوجبها ، وتكون اليمين على النص المذكور أنه ما باع ولا وهب . وكان محمد بن فرج يحلفه أنه ماله وملكه وأنه ما باع ولا وهب . ابن سهل وما تقدم عن نص المدونة لا يحتاج معه إلى ما ذكره محمد بن فرج . وفي المجموعة إذا كانت الجارية غائبة فالشهادة فيها على النعت والإسم جائزة ، فإن وجدت جواري كثيرة على تلك الصفة يحلفه الحاكم المستحق وأثبت عنده أنها واحدة منهن وإن لم يوجد سواها فلا يكلف شيئا من ذلك ا هـ ، ومانعه فعل وسكوت ، فالفعل أن يشتري ما ادعاه من حائزه ، فلو قال إنما اشتريته خوف أن يغيبه ، فاذا أثبته رجعت عليه بالثمن فلا يقبل قوله . أصبغ إلا أن تكون بينته بعيدة جداً ، ويشهد قبل شرائه أنه إنما يشتريه لذلك فذلك ينفعه وإن اشتراه ، وهو يرى أن لا بينة له ، ثم وجد بينة فله القيام بها وأخذ ثمنه أصبغ

وإنْ زَرَعَ فَاسْتُحِقَّتْ فَإنْ لَمْ يُنْتَفَعْ بِالزَّرْعِ ، أُخِذَ بِلاَ شَيْءٍ ،

ويقبل قوله في ذلك . وأما السكوت فمثل أن يترك القيام بلا مانع مـدة الحيازة قاله في اللباب .

(وإن زرع) غاصب او متعد أرضا (فاستحقت) بضم التاء وكسر الحـاء المهملة الأرض، أي قام مالكها على زارعها ورفع ملكه أى حوزه للتصرف بإثبات ملكه قبله بلا عوض فهو من الاستحقاق المصطلح عليه ، إذ مراد ابن عرفة بالملك في تعريفه مطلق الحوز للتصرف والكون تحت اليد مجازا وقرينته إضافة رفع اليـه ، إذ الملك الحقيقي لا يرفع بذلك ، وبهذا سقط قول طفي ، الاستحقاق المشهور هو أن يكون من ذي شبهة أفاده البناني ، وسبق البساطي طفي إلى ما قال ، والله أعلم .

(فان لم ينتفع) بضم التحتية وفتح الفاء (بالزرع) أي لم يبلغ طورا ينتفع به فيه إذا قلع بأن لم ينبت او نبت وصغر (أخـذ) بضم الهمز وكسر الخاء المعجمة ، أي فللمستحق الأرض أخذ الزرع معها (بلا شيء) يغرمه للزارع عوضاً عن البذر والحرث والسقي وغيرها قاله ابن القاسم وأشهب ،ابن عبد السلام على أظهر القولين فى تزويق الجدار وشبهه وأحرى لا شيء للمتعدي إن حرثها واستحقت قبل زرعها.

وظاهر قوله أخذ أنه يقضى له بأخذه ، ولو أراد الزارع قلعه وليس كذلك ، بـل يأمره بقلعه ، فإن أبى فله أخذه بغير شيء كما في توضيحه ، وظاهره أيضاً أنـه ليس له إبقاؤه لزارعه بكراء وهو كذلك عند ابن المواز لأنه بيع له قبل بدو صلاحه ، لأنـه لما كان المستحق أخذه مجاناً كان إبقاؤه بكراء بيعاً له في الحقيقـة بالكراء على تبقيته ، وذلك ممنوع للغرر وخرج جوازه على أن من ملك أو يملك لا يعد مالكاً ونظر فيـه البساطي ، فيخرج على أن من خير بين شيئين فاختار أحدهما لا يعد منتقلاً إذ عليه لا يتصور هنا بيع الزرع[1] قبل بدو صلاحه على تبقيته . ومنع ابن المواز على عده منتقلاً ،أفاده تت .

---

(١) (قوله لا يتصور هنا بيع الزرع الخ) فيه ان هذا ظاهر إذا خير في إبقائه لزارعه بكراء وبين إبقائه لنفسه وبين تكليف زارعه بقلعه وليس كذلك إنما يخير بين الأخيرين فإذا اختار أولهما وأبقاه لزارعه بكراء فقد باعه له قبل بدو صلاحه على تبقيته .

وإلاَّ فَلَهُ قَلْعُهُ ، إنْ لَمْ يَفُتْ وَقْتُ مَا تُرَادُ لَهُ ،

طفي قوله وليس كذلك ، بل يأمره بقلعه الخ . فيه نظر ، والصواب إبقاء كلام المصنف على ظاهره أن الخيار للمستحق إن شاء أمره بقلعه ، وإن شاء أخذه مجاناً كما في ابن عبد السلام وابن عرفة والتوضيح وغيرهم . ابن يونس ابن القاسم وأشهب إن كان الزرع صغيراً إذا قلع لا ينتفع به قضى به لرب الأرض بلاثمن ولا زريعة ولا شيء وما عزاه للتوضيح ليس فيه ، ونصه وإن كان قيامه بعد الزرع وقبل ظهوره أو بعده ، وقبل الانتفاع به فلربه أن يأمره بقلعه أو يأخذه ابن القاسم وأشهب بلا ثمن ولا زريعة اهـ .

(وإلا) لم يبلغ الزرع حد الانتفاع به بأن استحقت الأرض بعد بلوغه طوراً ينتفع به فيه إذا قلع ولو لرعي البهائم (فله) أي المستحق (قلعه) أي أمر زارعه به (إن لم يفت) بفتح التحتية وضم الفاء ، أي يمض (وقت ما) أي الزرع الذي (تراد) بضم الفوقية الأرض (له) سواء كان من جنس زرع المتعدي أم لا ، كما لو زرعت سمسماوأراد المستحق زرعها مقثاة أو بقلا . ابن رشد القياس أن له قلعه بعد خروج إبان الزرع إذا كانت الأرض تصلح لزرع المقاثىء والبقول ، وتبين أن رب الأرض لم يقصد إضرار الغاصب أو المتعدي بتكليفه بقلع زرعه ، وانما رغب في الانتفاع بأرضه للمقثاة أو البقل ، اذ قد تكون المنفعة بهذا أكثر من المنفعة بالزرع . وفي نوازل أصبغ خلاف هذا، وحمل علية عبد الحق وغيره .

المدونة أن المراد وقت مازرعه فيها الغاصب أو المتعدي فقط ، وظاهر تقرير الشارح حمل كلام المصنف على هذا وقرره البساطي بالأول أفاده تت . طفي تنبيه « غ » شمل قوله ما تراد له الزرع والمقاثي والبقل وغيرها من جنس ما زرع المتعدي فيها ومن غير جنسه ، وهذا خلاف ما لأصبغ في نوازله ، وخلاف ما حمل عليه عبد الحق وغيره لفظ المدونة من أن المراد إبان ما زرع الغاصب فيها خاصة ، واقتصر على هذا في توضيحه ، فلعله اعتمد هنا ما لابن رشد في نوازل أصبغ ثم ساق نصه اهـ ، وتبعه تت ، وفيما قاله « غ » نظر من وجهين .

الأول : ليس المراد ولا المتبادر من قول المصنف ما تراد له ما قال ، وانما مرادماتراد تلك الأرض وتقصد له وهو ما يزرع فيها غالباً لا كل شيء ، ولو أراد ما قال « غ » لقال ان لم يفت الانتفاع بها ، وهذا ظاهر لمن تأمل وأنصف .

الثاني : أنه حمل كلام عبد الحق على ابان ما زرع الغاصب فيها ، وكلام عبد الحق يظهر منه خلافه ، ونصه على نقل الموضح وابن فرحون واللفظ لها. عبد الحق انمايريدون ابان الشيء المزروع فيها لا غيره ، فإذا فات أبان ما يزرع فيها فليس لرب الأرض تكليف الغاصب القلع ، وان كان يمكن أن يعمل فيها مقثأة أو شيء غير الذي زرع فيها وهذا لأصبغ مبين هكذا في المستخرجة ، وهو معنى ما في المدونة ، وهكذا حفظت عن بعض شيوخنا القرويين اه .

فقوله أبان الشيء المزروع فيها أي الذي شأنه أن يزرع فيها والمقصود منها هذا الذي فهمه المصنف منه وجرى عليه في مختصره ، ولذا حاد عن عبارة أهل المذهب بفوات الإبان ولذا قال الشارح في صغيره ان لم يفت وقت الزرع المقصود من تلك الأرض والمراد بإبان الزراعة أبان الشيء الذي يزرع فيها لا غيره اه ، وهذا هو الظاهر والا فيلزم أن لو كان المتعدي زرع ما شأنه أن لا يزرع فيها وفات أبانه ولم يفت أبان المقصود من تلك الأرض أنه ليس له قلعه ، وتفوت ، وهذا لا يمكن أن يقوله عبد الحق ولا غيره ، وبنقل كلام الشارح تعلم ما في قول تت المراد بالإبان ابان مازرع فيها الغاصب فقط ، وهو ظاهر تقرير الشارح .

ومعنى المدونة الذي أشار اليه عبد الحق هو قولها ومن اكترى أرضاً وزرع فيها وكانت تزرع السنة كلها الخ ، ثم قالت وان كانت تزرع مرة في السنة الخ فعلقت الأمر على عادتها وما يقصد منها والله أعلم . البناني ورده بعضهم بأن لفظ العتبية عن أصبغ يدل لما فهمه « غ » ، ونصها ومن تعدى فزرع أرض رجل فقام عليه بعد ابان الحرث وقد كبر الزرع واشتد فأراد قلع الزرع ، وقال أريد أكريها مقثأة أو أزرعها بقلا وهي أرض

وَلَهُ أَخْذُهُ بِقِيمَتِهِ عَلَى ٱلْمُخْتَارِ ، وَإِلاَّ فَكِرَاءُ السَّنَةِ ؛

سقي يمكنه الانتفاع بها فليس له ذلك ، وليس له بعد إبان الزرع إلا كراؤها وإن كانت أرض سقي ينتفع بما ذكرت ، وانما له ذلك اذا لم يفت ابان الزرع الذي فيها ولا حجة له أنه يريد قلبها والكراء له عوض عن ذلك اه .

(وله) أي مستحق الأرض (أخذه) أي الزرع الذي ينتفع به ووقت ما تراد له لم يفت فله أخذه (بقيمته) مقلوعاً مطروحاً منها أجرة قلعه وتسوية الأرض ان كان الزارع لو كلف به يستأجر عليه (على المختار) للخمي من الخلاف . ومفهوم بقيمته أنه ليس له أخذه مجاناً ، وهو كذلك على المشهور ، وصرح بمفهوم قوله ان لم يفت وقت ما تراد له فقال (والا) أي والا لم يفت الخ بأن فات وقت مـا تراد له (فكراء السنة) كلها يلزم الزارع لمستحق الأرض ويبقى زرعه فيها الى انتهائه عند الإمام مالك «رض» ، وليس للمستحق قلعه ، اذ لو قلع فلا ينتفع بالأرض في تلك السنة .

« ق » ابن يونس ابن القاسم من تعدى على أرض رجل فزرعها فقام ربها وقـد نبت الزرع فإن قام في ابان يدرك فيه الحرث فله قلعه ، يريد وعلى قلعه زارعه وان فات الابان فله كراء أرضه. أشهب وكذلك غاصب الأرض . ابن القاسم وأشهب وان كان صغيراً اذا قلع لا ينتفع به قضى به لرب الأرض بلا ثمن ولا زريعـــة ولا شيء . ابن المواز لو كان صغيراً جداً في الابان فأراد رب الأرض تركه وأخذ الكراء فلا يجوز ذلك لأنه يحكم به لرب الأرض ، فكأنه يبيع زرع لم يبد صلاحه بكراء الأرض .

ابن القاسم واذا كان في الابان وهو اذا قلع ينتفع به فلرب الأرض أخـذ الكراء أو أمره بقلعه الا أن يتراضيا على أمر يجـوز ، وان رضي الزارع ان يتركه لرب الأرض جاز اذا رضي رب الأرض ، واذا لم يكن في قلعه نفع ترك لرب الأرض الا ان يأبـاه فيأمره بقلعه عبد الوهاب لقوله ﷺ ليس لعرق ظالم حق ، وهذا عرق ظـالم . ولأن منافعها غير مملوكة للزارع ولا شبهة له فيها فليس له اشغالها على ربها ، فإن قام عليه وقد فات الابان للزراعة ولا ينتفع المالك بأرضه ان قلع الزرع فقيل له قلعه . وقيل ليس له قلعه ، وانما له كراء أرضه والقول الأول أصح لقوله ﷺ ليس لعرق ظالم حـــق .

وقال الإمام مالك «رض» ان الزرع اذا سبل لا يقلع ، لأن قلعه من الفساد العام للناس كما يمنع من نحر الفتي من الإبل مما فوقه الحمولة وذوات الدر من الغنم . قال غيره وكما نهى عن تلقي الركبان واحتكار الطعام لمصلحة العامه فمنع الخاص من بعض منافعه لما فيه من ضرر العامة » .

اللخمي أن زرع الغاصب فللمستحق أخذ الأرض قبل الحرث وبعده ولا عوض عليه عن الحرث بانفراده ، وأخذ الزرع إذا لم يبرز أو برز ولم يبلغ أن ينتفع به إن قلع ، وإن كان فيه منفعة فهو للغاصب ، واختلف إذا أحب المغصوب منه أن يدفع قيمته مقلوعاً ويقره هل له ذلك وأن يكون له ذلك أصوب ، لأن النهي عن بيع الزرع قبل بدو الصلاح على البقاء فيما يزيد للبقاء نماء ، ولا يدري هل يسلم ، وهذا يدفع قيمته مطروحاً .

وشبه في حكم استحقاق الأرض المزروعة قبل فوات الابان فقال (ك)استحقاق الأرض المزروعة من شخص (ذي) أي صاحب (شبهة) من وارث أو مشتر لم يعلم بالغصب قبل فوات ابان ما تراد له ما يلزمه كراء سنة لمستحقها ، وليس له قلع زرعه ولا أخذه بقيمته مقلوعاً . « ق » فيها لابن القاسم من اكترى أرضاً سنين للبنين أو الزرع أو الغرس فبنى فيها أو زرع أو غرس وكانت تزرع السنة كلها ثم قام مستحق قبل تمام الأمر ، فإن كان الذي أكراها مبتاعاً فالغلة له بالضمان إلى يوم الاستحقاق ، وللمستحق أن يجيز كراء بقية المدة أو يفسخ ، وإن كانت أرضاً تزرع في السنة مرة فاستحقها وهي مزروعة قبل فوات ابان الزرع ، فكراء تلك المدة للمستحق وليس له قلع الزرع ، لأن المكتري زرع فيها بوجه شبهة .

طفي لك أن تبقي الوارث هنا على إطلاقه ولو كان وارث غاصب ، لأن الكلام في لزوم كراء السنة ولا يؤمر بقلع زرعه ، ولا فرق في هذا بين وارث الغاصب ووارث غيره ، وإنما يفترقان في الغلة ، فوارث الغاصب لا غلة له وإن كان صاحب شبهة بالنسبة لعدم قلع زرعه ووارث صاحب الشبهة أو المجهول ذو شبهة مطلقاً ، وقد قال في التوضيح

وارث الغاصب لا غلة له باتفاق . وقال ابن عبد السلام على المذهب ، وأما قولها في كتاب الاستحقاق ومن ابتاع داراً أو عبداً من غاصب ولم يعلم فاستغلهم زماناً ثم استحقوا فالغلة للمبتاع بضمانه، وكذا إن ورثهم عن أبيه ولم يدر بم كانوا لأبيه فاستغلهم ثم استحقوا فالغلة للوارث فمحمول على وارث المجهول الذي لم يعلم أهو غاصب أم لا ، ولذا ضبط قوله ولم يدر بالبناء للنائب .

(أو) استحقاق أرض مزروعة من شخص (جهل) بضم فكسر أي لم يعلم (حاله) فن كونه غاصباً أو متعدياً أو ذا شبهة بإرث أو شراء غير عالم بغصب بائعه قبل فوات وقت ما تراد له فعليه كراء سنة لمستحقها ، وليس له قلع زرعه . «ق» فيها وإن استحقها بعد إبان الزراعة وقد زرعها مشتريها أو مكتر منه فلا كراء للمستحق في تلك السنة وكراؤها للذي أكراها إن لم يكن غاصباً ، وكانت في يده بشراء أو إرث ، وكذا إن سكن الدار مشتريها أو أكراها أمداً ثم استحقها رجل بعد الأمد فلا كراء له وكراؤها للمبتاع ، وإذا كان مكري الأرض لم يعلم أغاصب هو أم مبتاع فزرعها المكتري منه ثم استحقها رجل في إبان الحرث فمكتريها كالمشتري يعني في الغلة حتى يعلم أنه غاصب .

(و) إن اكترى شخص ارضاً بما يعرف بعينه كعبد او ثوب معين ثم استحق الكراء ، فان استحق قبل حرثها والعمل فيها انفسخ الكراء وأخذ المستحق عين شيئه الذي اكتريت به الأرض والمكري أرضه ، وإن استحق بعد حرثها (فاتت) الأرض أي لا يفسخ كراؤها (بـ)سبب (حرثها) قبل استحقاقه وفواتها (فيما) أي الحكم الذي (بين مكر) بضم الميم (ومكتر) فلا يفسخ الكراء وأخذ المكري كراء مثل الأرض من المكتري .

« ق » فيها من اكترى أرضاً بشيء بعينه فاستحق قبل أن تزرع وتحرث انفسخ الكراء ، وإن كان بعد ما احدث فيها عملاً فعليه قيمة كراء الأرض . ابن يونس فإن قال مستحق ذلك الشيء أجزت بيعه وأخذ الأرض محروثة فذلك له بعد أن يؤدي إلى

الحارث قيمة حرثه ، ويصير كأنه استحق الأرض ، وقد قالوا فيمن استحق أرضاً بعد حرثها أنه يدفع قيمة الحرث ويأخذها ، فإن أبى قيل للحارث أعطه كراء سنة ، فإن أبى أسلمها بحرثها لمستحقها .

« غ » السياق يعطي أن هذا في استحقاق الأرض كالذي قبله والذي بعده ، وإنما فرضه في المدونه في استحقاق ما أكريت بــه فقال ومن اكترى أرضاً بعبد أو بثوب ثم استحق أو بما يوزن من نحاس أو حديد بعينه يعرفان وزنــه ثم استحق ذلك ، فإن كان استحق قبل أن يزرع أو يحرث انفسخ الكراء ، وإن كان بعد ما زرع أو أحدث فيهـا عملا فعليه قيمة كراء الأرض .

عياض هو بين أن نفس الحراثة وإن لم يزرع فوت بين المكري والمكتري ، فأنت ترى المصنف قد استعمل عبارة عياض بعينها . الحط أشار بهذا إلى قولهـا في الاستحقاق ومن اكترى أرضاً بثوب أو بعبد فاستحق أو بما يوزن من نحاس أو حديد بعينه يعرفان وزنه ثم استحق ذلك ، فإن كان استحق قبل أن يزرع أو يحرث انفسخ الكراء ، وإن كان بعد ما زرع أو أحدث فيها عملاً فعليه قيمة كراء الأرض ، وفي كراءالأرضين ومن اكترى أرضاً بعبد أو ثوب فاستحق بعد الحرث أو الزراعة فعليه كراء مثلهـا ، وكذلك إن اكتراها بحديد أو رصاص أو نحاس بعينه وقــد عرفا وزنه ، فإن الكراء ينتقض إلا أن يكون قد زرعها أو حرثها أو أحدث فيها عملاً فعليه كراء الأرض . وقال فيه أيضاً ومن اكترى أرضاً بعبد أو بثوب فاستحق بعد الحرث أو الزراعة فعليه كراء مثلها ،وكذلك إن اكتراها بحديد أو نحاس بعينه وقد عرفا وزنــه ، فإن الكراء ينتقض إلا أن يكون زرعها أو حرثها أو أحدث فيها عملاً فعليه كراء المثل اه .

عياض هو بين أن نفس الحراثة وإن لم يزرع فوت وللمكري كراء المثل كما لو زرعت ولم يختلف أن ذلك فوت بين المكري والمكتري ، فهذا مراد المصنف ، ولا يصح حمل كلامه على استحقاق الأرض المكتراة لأنــه إذا استحقت الأرض لم يبق للمكري كلام حرثت الأرض أو لم تحرث ، والله أعلم .

وَلِلْمُسْتَحِقِّ أَخْذُهَا ، وَدَفْعُ كِرَاءِ الْحَرْثِ فَإِنْ أَبَى قِيلَ لَهُ أَعْطِ كِرَاءَ سَنَةٍ ، وَإِلاَّ أَسْلِمْهَا بِلاَ شَيْءٍ ،

(وللمستحق) بكسر الحاء المهملة للكراء المعين أو للأرض (أخذهـا) أي الأرض المستحق كراؤها المعين أو نفسها بعد حرثها من مكتريها (ودفع كراء الحرث) لمكتريها الذي حرثها (فإن أبى) أي امتنع المستحق من دفع أجرة حرثهـا (قيل) بكسر فسكون (له) أي المكتري (أعط) المستحق (كراء سنة) وازرعها ، فإن أعطاه ذلك فواضح (وإلا) أي وإن لم يعطه ذلك قيل له (أسلمها) أي الأرض للمستحق (بلا شيء) لك في حرثك . « ق » يحيى سألت ابن القاسم عمن استحق أرضاً وقد قلبها الذي كانت بيده وأنعم حرثها ليزرعها فقال المستحق بالخيار إن شاء أعطاه قيمة عمله وأخذها ، فإن أبى قيل للذي استحقت في يديه إن شئت فاغرم كراءها ، وإن شئت فأسلمها بما فيها من العمل ولا شيء لك . وقال سحنون لا شيء له وإن زبلها لأنه استهلك فيها .

ابن رشد قول ابن القاسم أصح ، إذ ليس بمتعد ، وإنما عمل بوجه شبهة فلا يظلم عمله . وقول ابن القاسم وإن شئت فأسلمها ولا شيء لك على غير أصل . قوله بل ينبغي إذا أبى أن يكونا شريكين في كرائها ذلك العـــام رب الأرض بقيمة كرائها غير محروثة ورب الحرث بقيمته ، وفيها قال مالك رضي الله تعالى عنه من أحيا أرضاً وهو يظنها مواتـاً ثم استحقت قيل لمستحقها ادفع قيمة عمارته ، فإن أبى فشريكان فيهـــا هذا بقيمة أرضه وهذا بقيمة عمارته .

ابن يونس الصواب أن يقوم لكل واحد شيئه على حدته ولا تقوم الأرض بما زادت العمارة إذ قد لا تزيد . الحط يصح أنه أراد مستحق الأرض أو مستحق الثوب أو العبـد المكترى به أو هما معاً ، لأن حكمهما واحد . أبو الحسن ابن يونس بعض فقهائنا القرويين إن أراد مستحق العبد أن يجيز بيع عبده بمنفعة الأرض ، ويأخذ الأرض إذا لم تحرث لكان له ذلك ، وإن حرثت كان له أن يدفع إلى المكتري حق حرثه ويأخذ الأرض ،

لأنـه كمستحق لمنفعتها ووجد منفعتها باقية فهو كمن استحق أرضـا بعـد أن حرثها مكتريها في أنه يدفع اليه حق حرثها ويأخذ أرضه ، فإن امتنع دفع له المكتري كـراء سنة ، فإن امتنع سلمها بحرثها فحكم مستحق العبـد في ثمنه كحكم مستحق الأرض ا هـ ، ونحوه في كتاب الاستحقاق .

وفي كلام عياض وما ذكره المصنف هو قول ابن القاسم ، وصححه ابن رشد، واعترض قوله وإلا أسلمها بلا شيء بأنه كان ينبغي أن يجعلهما شريكين في كراء ذلك العـام الأرض محروثة المستحق بقيمة كرائها غير محروثة ، والمكتري بقيمة حرثه وعمله ، وقال هـذا على أصله في الرجوع على المستحق بقيمة السقي والعلاج . طفي قرر الشارح المسألة كلهافي استحقاق الأرض ، ونقل كلام المستخرجة وقرر الفوات بقوله من اكترى أرضا من آخر وحرثها ، فإنها تفوت فيما بينهما ويقر فيها وليس للمستحق أخذها حتى يدفع كراء حرثها ا هـ ، وبهذا الذي قاله في معنى الفوات غير صحيح ، إذ حيث كان له أخذها فلا فوات ، وقد عرض «ح» به حيث قال ولا يصح حمل كلامـه على استحقاق الأرض المكتراة ، لأنها إذا استحقت لم يبق للمكري كلام حرثت أو لم تحرث ا هـ ، وكذا ابن غازي حيث قال السياق يعطي أن هذا في استحقاق الأرض كالذي قبله ، والذي بعده وإنما فرضه فيها في استحقاق ما أكريت به ا هـ فتعين ان قوله وفاتت بحرثها في استحقاق الاجرة وقولـه وللمستحق أخذها الخ ، يصح أن يكون من تتمته وأن يكون مسألة مستقلة في استحقاق الأرض ، أشار به لما في المستخرجة ، ويصح أن يكون أشار به لهما معـا ، إذ حكمهما واحد فيما ذكر كما قاله ابن يونس وأبو الحسن والله الموفق .

(و) إن أكري الأرض من هي بيده لتزرع أو تغرس أو تبنى (في سنين) وزرعت أو غرست أو بنيت في بعضها ثم استحقت قبل تمامها وقام مستحقها فلا شيء له من أجرة ما مضى من السنين ، ويخير في باقيها ف (يفسخ) مستحق الأرض كراءهـا في باقي السنين إن شاء فسخه فيها (أو يمضي) بضم التحتية وكسر الضاد المعجمة مستحقها كراء باقيهـا

إنْ عَرَفَ النِّسْبَةَ ، وَلَا خِيَارَ لِلْمُكْتَرِي لِلْعُهْدَةِ ، وَانْتَقَدَ إِنِ انْتَقَدَ الْأَوَّلُ ، وَأَمِنَ هُوَ

إن شاء إمضاءه ويستحق ما يخصه من الكراء (إن) كان (عرف) المستحق (النسبة) لما يخص باقيها لجملة الكراء كثلث أو ربع ، لأن إمضاءه إنشاء لعقد الكراء في الباقي فيشترط في صحته علمه ما يخصه ، ومفهوم الشرط أنه إن لم يعرفها فليس له الامضاء لأنه كراء بمجهول فيتعين فسخه في الباقي .

« ق » ابن القاسم من اكترى أرضاً سنين لبناء أو زرع أو غرس فبنى فيها أو زرع أو غرس وكانت تزرع السنة كلها ثم قام مستحق قبل تمام الأمد ، فإن كان الذي أكراها مبتاعاً فله غلتها بضمانها إلى يوم استحقاقها ، وللمستحق أن يجيز كراء بقية المدة أو يفسخ ابن يونس ولا يجيز الكراء فيما بقي على مذهب من لم يجز جمع سلعتين لرجلين في بيعهما حتى يعلم ما ينوب ما بقي ليجيز بكراء معلوم ، فإن أجاز فله حصة الكراء من يومئذ .

(ولا خيار للمكتري) في فسخ الكراء في باقي المدة إن أمضاه المستحق ، وصلة خيار (ل) يتخلص المكتري من ا (لعهدة) أي ضمان كراء الباقي إذا ظهر مستحق آخر (وانتقد) أي المستحق كراء باقي المدة من المكتري إن أمضى كراءه أي يقضى له بأخذه حالاً (إن) كان (انتقد) أي قبض المكري (الاول) كراء جميع المدة من المكتري حالا (وأمن) بضم فكسر (هو) أي كان المستحق مأموناً بأن كان عدلا ملياً حسن المعاملة .

« ق » فيها ومن اكترى داراً سنة من غير غاصب فلم ينقده الكراء حتى استحقت الدار في نصف السنة ، فكراء ما مضى للمكري الاول وللمستحق فسخ ما بقي أو الرضا به فله كراء بقية السنة ، فإن أجاز الكراء فيما بقي فليس للمكتري فسخه فراراً من عهدته ، إذ لا ضرر عليه لأنه يسكن ، فان عطبت الدار أدى بحساب ما سكن ، ولو انتقد الاول كراء السنة كلها لدفع إلى المستحق حصة كراء باقي المدة إن كان مأموناً ولم يخف من دين يحيط به ونحوه ، ولا يرد باقي الكراء على المكترى .

أبو محمد وغيره فان كان المستحق غير مأمون قيل للمكترى إن شئت أن تدفع إلى المستحق كراء بقية المدة وتسكن ، فان أبى قيل للمستحق إن شئت أن تجيز الكراء على أن لا تأخذه إلا كراء ما سكن كلما سكن شيئاً أخذت بحسابه ، وإلا فلك الفسخ لكراء بقية المدة . ابن يونس لعله يريد في دار يخاف عليها الهدم . وأما إن كانت صحيحة البناء فله أن ينتقد ولا حجة للمكتري من خوف الدين لأنه أحق بسكنى الدار من جميع الغرماء. العدوي يرد أن يقال يخاف المكترى أن يستحقه آخر فيضيع عليه ما انتقده المستحق الاول لاحتمال عدمه أو مطله فلا وجه لبحث ابن يونس .

(والغلة) الناشئة من المستحق بالفتح (ل) حائزه قبل استحقاقه (ذي) أي صاحب (الشبهة) في حوزه كمكتر ومشتر (أو المجهول) حاله الذي لم يعلم أغاصب هو أو ذو شبهة منتهياً استحقاقها (الحكم) بالاستحقاق ثم تكون من يوم الحكم للمستحق . « ق » في الحديث الخراج بالضمان ، ومعناه أن المشتري للشيء الذي اغتله ولو هلك في يده كان ضمانه منه وضاع عليه الثمن الذي نقده فيه فالغلة له بضمانه ، فيها لابن القاسم ومن ابتاع داراً أو عبيداً من غاصب ولم يعلم فاستغلهم زماناً ثم استحقوا فالغلة للمبتاع بضمانه ، وكذلك إذا ورثهم عن أبيه ولم يدر بما كانوا لأبيه فاستغلهم ثم استحقوا فالغلة للوارث ، ولو وهب ذلك لأبيه رجل ، فإن علم أن الواهب لأبيه غصب هذه الاشياء من مستحقها أو من هذا المستحق وارثه فغلة ما مضى للمستحق ، فإن جهل أمر الواهب أغاصب هو أم لا فهو على الشراء ، حتى يعلم أنه غاصب .

الحط في المقدمات اختلف في الحد الذي يدخل فيه الشيء المستحق في ضمان مستحقه، وتكون غلته له ويجب التوقيف به على ثلاثة أقوال ، أحدها حتى يقضى به له ، وهو الذي يأتي على قول مالك في المدونة أن الغلة للذي في يديه حتى يقضى بها للطالب ، وعلى هذا القول لا يجب توقيف الاصل المستحق توقيفاً يحال بينه وبينه ولا توقيف غلته ، وهو قول ابن القاسم في المدونة أن الرباع التي لا تحول ولا تزول لا توقف مثل ما يحول ويزول، وإنما توقف وقفاً يمنع من الاحداث فيها .

والقول الثاني : أنه يدخل في ضمانه إذا ثبت بشهادة شاهدين أو شاهد وامرأتين .

والثالث : إذا شهد له شاهد واحد واختلف في الحـد الذي تكون به الثمرة في استحقاق أصلها غلة يستوجبها المستحق منه ببلوغها اليه ، إما بالحكم والقضاء ، وإمـا بثبوت الحق بشهادة شاهدين ، وإما بأن يشهد للمستحق شاهد واحـد على الاختلاف المذكور في ذلك ، فروى أبو زيد عن ابن القاسم أن الثمرة للمستحق ما لم تجـذ ، وفي كتاب ابن المواز ما لم تيبس ويرجع عليه بالسقي والعلاج ، وعلى ما في المدونـة في الرد بالعيب ما لم تطلب إن اشترى المستحق منه الاصل قبل إبار الثمرة وإن اشتراه بعـده فالثمرة للمستحق على مذهب ابن القاسم ، وإن جذت ويرجع عليه بالسقي والعلاج ، وعلى مذهب أشهب الثمرة للمستحق ما لم تجذ ، فإن جذت فهي للمشتري .

وإن اشترى الاصل وثمرته مزهية واشترطها ففي كتـاب ابن المواز الثمرة للمستحق كيف كانت يبست ، أو جذها أو باعها أو أكلها ويغرم مكيلتها إن عرفها وإلا فقيمتها . وإن كان باعها يغرم ثمنها الذي باعها به إن فاتت ، وإن كانت بيد مبتاعها خير في أخذها أو انفاذ بيعه وأخذ ثمنها وإن تلفت عند المبتاع فليس إلا الثمن ، وهـذا على أنها لا تصير غلة للمبتاع إلا باليبس أو الجذاذ . وأما على أنها تصير غلة له بطيبها فلا حق له فيهـا إذا أزهت عند البائع لأنها صارت غلة له بطيبها ، ويأخذ المستحق النخل وحده ، ويرجـع المستحق منه على البائع بما ينوبها من الثمن ويسقط عنه ما ناب الثمرة لبقائها بيده إلا أن يكون اشتراؤه إياها من غاصب أو مشتر اشتراها بعد الابار على مذهب ابن القاسم ، وفيه ثلاثة أحوال :

أحدها : أن يكون المستحق منه اشتراها قبل ابارها .

والثاني : اشتراؤها بثمرتها بعده .

والثالث : اشتراؤها بثمرتها بعد إزهائها وطيبها والنفقة القياس جريانها على هـذا الاختلاف في الغلة .

فعلى القول الاول لا يجب للمقضي عليه الرجوع بشيء منها على المقضي له ، لأنه إنمـا

أنفق على ما في ضمانه فغلته له . وعلى القول الثاني يجب له الرجوع عليه بما أنفق بعد ثبوت الحق بشهادة شاهدين أو شاهد وامرأتين ، لوجوب الضمان عليه ، وكون الغلة له من حينئذ . وظاهر المدونة أن لا فرق بين النفقة والغلة في كونهما تابعين للضمان وهو القياس ، والصواب وفرق في رسم حمل صبياً من رواية عيسى بين النفقة والغلة فقال النفقة ممن تصير اليه ، والغلة للذي هو في يده ، لأن الضمان منه ، ومشى المصنف على هذا في باب الشهادات فقال والغلة له للقضاء والنفقة على المقضي له به والله أعلم .

ومثل لذي الشبهة فقال (كوارث) الحط ظاهره أن الغلة للوارث سواء كان وارثاً من غاصب أو من مشتر وليس كذلك ، فإن وارث الغاصب لا غلة له باتفاق ، سواء انتفع بنفسه أو أكرى لغيره قاله ابن عبد السلام والمصنف في التوضيح ، وصرح به اللخمي ، ويفهم هذا من قوله في باب الغصب ووارثه وموهوبه كهو ، وفي الاستحقاق منها ومن ابتاع داراً أو عبداً أو دابة من غاصب ولم يعلم فاستغلهم زماناً ، فالغلة للمبتاع بضمانه ، وكذلك إذا ورثهم عن أبيه ولم يدر بما كانوا لأبيه فاستغلهم ثم استحقوا فالغلة للوارث اهـ .

(و) كشخص (موهوب) له من غاصب ، الحط أراد إذا كان الغاصب موسراً فإن كان معسراً فيرجع المستحق على الموهوب له بالغلة كما تقدم في باب الغصب من قوله ورجع عليه بغلة موهوبة فإن أعسر فعلى الموهوب له ، اللخمي اذا وهب ما غصبه فاغتله الموهوب له فقال أشهب الموهوب له كالمشتري ، وقال ابن القاسم ليس مثله ، ويرجع على الغاصب فان أعدم أو غاب فعلى الموهوب له وهو أبين ولا فرق بين الموهوب له العالم بالغصب ، ووارث الغاصب ، ولم يختلفوا في وارثه أنه يلزمه ما يلزم الغاصب ، فكذلك الموهوب له العالم به اهـ ، فالوارث هنا إما وارث المشتري أو وارث الموهوب له أو وارث ذي الشبهة ولابن رشد كذلك والله أعلم ، وفيها ولو وهب ذلك لأبيه رجل وجهل أمر الواهب حمل على الشراء .

(و) كشخص (مشتر) من غاصب . الحط يعني أن الغلة للمشتري من الغاصب إذا

لم يعلم بالغصب يريد ولا يرجع المستحق على الغاصب بالغلة من يوم بيعه على المشهور الذي صرح به ابن الحـــاحب وغيره (إن لم يعلموا) أي وارث غير الغاصب والموهوب له والمشتري بالغصب « ق » فيها من ابتاع من غاصب ولم يعلم فالغلة للمبتاع . المن زرب من ورث مالاً فاستحق حبساً فالوارث ما اغتل ولا خراج عليه على قول ابن القاسم. ابن سهل هو قوله في المدونة فيمن اشترى بكرا فوطئها ثم استحقت بحريتها فلا شيء عليه لاصداق ولا ما نقصها ومفهوم إن لم يعلموا أنهم إن علموا فالغلة للمستحق ، وظاهره ان المعتبر علم الوارث والموهوب له والمشتري ، وقال ابن ناجي عن أبي عمران لا ينظر لمعرفة الموهوب له ، وإنما ينظر لمعرفة الناس لذلك . وأما المشتري فإنما ينظر لمعرفــة نفسه ، فان كان عارفا بأن البائع غاصب فلا غلة له وإلا كانت له .

(بخـلاف ذي) أي صاحب (دين) على ميت طرأ ذو الدين (على وارث) المدين وقد ترك عقاراً استولى عليه وارثه واستغله ثم ظهر دين على الميت يغـترق العقار وغلته فيرد الوارث لذي الدين العقار وغلته ، فهـذا مخرج من قوله والغلة لذي الشبهة كوارث فكأنه قال إلا وارثاً طرأ عليه ذو دين ، فلو قال بخلاف وارث طرأ عليه ذو دين لـكان أولى ، لأنه أنسب بالإخراج مما مر ، وظاهر هذا أن غلة التركة لذي دين ولو نشأت عن تجر الوارث أو وصيه وهو كذلك ، فإذا كانت التركة ثلثمائة دينار واتجر الوارث أووصيه فيها فصارت ستمائة دينار ، وظهر على الميت ستمائة دينـــار دينا فيستحق ذو الدين جميع الستمائة التي بيد الوارث أو وصيه عند ابن القاسم .

وقال المخزومي لا يستحق إلا الثلاثمائة التي تركها الميت . نقـله أبو الحسن في كتاب النكاح قاله « د » البناني قوله ظاهر هذا الكلام أن الغلة لذي الدين ولو نشأت عن تجر الوارث الخ ، فيه نظر ، والذي انفصل عنه شيخ شيوخنا العلامة سيدي أحمد بن الحاج كما رأيته بخطه أن الربح للأيتام لا لرب الدين ، وأن ما في « ز » غير صحيح والله أعلم .

الحط أشار إلى ما في سماع يحيى في الورثة يقتسمون التركة فتنمو في أيديهم ثم يطرأ عليهم دين يستغرقها بنمائها انهم يردون ما أخذوا بنمائه ولا ضمان عليهم فـيما نقص إلا أن يستهلكوه فعليهم عوضه ، وكذلك الموصى لهم بأشياء بأعيانها وأما ما اشتراه الورثة من التركة فحوسبوا به في ميراثهم ، أو اشتراه الموصى لهم فحوسبوا به في وصاياهم فلهم نماؤه، وعليهم ضمانه .

ابن رشد لا خلاف في ذلك لأنه لا فرق بين أنيشتريه الورثة أو الموصى لهم فيحاسبوا به في ميراثهم، وفي وصاياهم وبين بيعه من غيرهم ودفع الثمن لهم ، ثم قال وأمـا قول الشارح في شروحه الثلاثة والبساطي معنى كلام المصنف أنه إذا كان لرجل دين على شخص فدفع له فيه ملكاً ورثه فاغتله ذو الدين ، ثم استحق من يده فإنه يرد الغلة فغيرصحيح ، ولا وجه له لنص المتيطي وابن سلمون وغيرهما من الموثقين ، على أن التصيير في الدين بيع من البيوع ، وتقدم أن ما اشتراه الورثة أو الموصى لهم وحوسبوا بـه فيما أوصى لهم به أو في ميراثهم فلهم نماؤه ، وعليهم ضمانه والله سبحانه وتعالى أعلم .

طفي ليس في سماع يحيى تصريح برد ورثة الميت الغلة لذي الدين إلا ما يؤخذمن قوله فنماؤه للغرماء ، وفيه بعد ، إذ ربما يقال المراد نماؤه في بدنـه أو بولادة ولذا لما نقل «ق» قول ابن رشد لا خلاف إذا طرأ غريم على ورثة أنهم لا يضمنون التلف بسماوي ولاخلاف أنهم يضمنون ما أكلوه أو استهلكوه أو استنفقوه ، قال يبقى النظر في الغلة ، ومقتضى تعليله بعد أنهم يضمنونها ا هـ ، على أن هذا السماع خلاف المشهور . ابن رشد في شرحـه تنقض القسمة بطرق الغريم ، فيكون ضمان ما هلك أو نقص أو نما من جميـع الورثة ، وهو المشهور من مذهب ابن القـاسم المنصوص له في المدونة ا هـ ، وأشار لقولهـا في كتاب القسمة .

قال الامام مالك «رض» وأما ما مات بأيديهم من حيوان أو هلك بأمر من الله تعالى من عرض أو غيره فلا ضمان على من هلك بيده وضمانه من جميعهم . ابن القاسم لأن القسمة

كانت بينهم باطلة للدين ثم قالت لا يضمن الورثة ما تلف بسماوي ويضمنون ما ذهب بانتفاعهم ا هـ ، فقد اضطرب قولها ، ولذا قال ابن رشد قد اضطرب قول ابن القاسم وانظر هذا مع ما تقدم من حكاية ابن رشد الاتفاق ، وقد نقله ابن عرفة وأقره ، والظاهر على المشهور أن الضمان من جميعهم في السماوي أو الغلة لهم ا هـ .

البناني اعترضه بعضهم ، وصوب ما قاله « ح » وما قاله طفي غلط نشأ من عدم فهم كلام البيان ، وذلك لأن معنى ما فيه انه إذا طرأ الغريم وانتقضت القسمة على المشهور فان ما هلك بيد أحد الورثة بسماوي لا يضمنه ، وحده بل ضمانه من جميعهم لتبين انه لم تقع قسمة بينهم ، وليس المراد بذلك انهم يضمنونه للغرماء ، بل مراده انهم يضمنونه فيما بينهم فقط لانتقاض القسمة بمعنى انه إذا فضل شيء بيدهم بعد قضاء الدين دخل فيه جميع الورثة من هلك حظه ومن بقي كما يأتي بيانه في باب القسمة إن شاء الله تعالى ، وكذا ما نما بيد أحدهم وفضل عن الدين فلا يختص به من نما بيده ، بل يكون بينهم لانتقاض القسمة بينهم ، وهذا لا يعارض ما حكاه « ق » عن ابن رشد ، وأقره ابن عرفة من انه لا خلاف انهم لا يضمنون التلف بسماوي ، لأن المراد به أنهم لا يضمنونه للغرماء وإن كانوا يضمنونه فيما بينهم ، وبهذا أيضاً جمعوا بين الموضعين المتقدمين عن المدونة ، وقول ابن رشد اضطرب .

قول ابن القاسم ليس مرادة في الضمان وعدمه ، بل مراده أنه قال بانتقاض القسمة مرة ، وقال مرة بعدم انتقاضها كما صرح به في المقدمات ، وإذا علمت انهم لا يضمنون السماوي للغرماء كما هو منصوص عليه في غير ما ديوان حتى في ابن الحاجب وابن عبد السلام وضيح ظهر لك أن الغلة ليست لهم ، وإنما هي للغرماء يكمل دينهم بها كما فهمه « ح » ولا يكون منها للورثة إلا ما فضل عن الدين ، وأن استظهار طفي غير صحيح لأنه بناه على غير اساس وعبارة ابن رشد في نوازله بعد ذكره انتقاض القسمة بين الورثة بطروء غريم عليهم ، نصها وهؤلاء الذين اقتسموا مال الميت ضامنون لما أكلوا أو استهلكوا من ذلك . وأما ما ذهب بسماوي فلا ضمان عليهم فيه لصاحب الحق الطارىء عليهم

كَوَارِثٍ طَرَأَ عَلَى مِثْلِهِ ، إِلاَّ أَنْ يَنْتَفِعَ ،

ولا بعضهم لبعض ، وكذلك إذا جنى على شيء مما في يد واحد منهم يتبعون الذي جنى عليه اهـ .

وعبارة المقدمات نصها فأما القسمة فتنتقض على رواية أشهب عن الإمام مالك «رض» لحق الله تعالى ، ولا تنتقض عند أشهب وسحنون ، واضطرب قول ابن القاسم في انتقاضها فمرة قال انها تنتقض بين جميعهم فيخرج الدين الطارىء من جملة المال ثم يقسم الباقي ، ثم قال ولا خلاف بين جميعهم في أن الورثة لا يضمنون بالقسمة التلف بأمر من السماء إذا لحق الدين اهـ .

وشبه في عدم استحقاق الغلة المفهوم من قوله بخلاف ذي دين على وراث فقال : (كوارث طرأ على) وارث (مثله) في الاستحقاق ، وأولى على من هو محجوب به بعد استقلال المطروء عليه التركة ، فان المطروء عليه لا يختص بالغلة ، فان كانا متساويين في الاستحقاق فيقسمانها وإن كان الطارىء يحجب المطروء عليه فجميعها للطارىء، قال «د» فلو قال طرأ عليه مثله كان أولى ، فيضمن المطروء عليه الغلة للطارىء التي تخصه في كل حال (إلا أن ينتفع) المطروء عليه بنفسه وكان في نصيبه ما يكفيه ، هذا هو الصواب ، وما في التوضيح وتت وعب والخرشي ، وان لا يكون في نصيبه ما يكفيه تحريف من الناقل لا شك فيه نبه عليه بابا وطفي والبناني ، ولم يعلم بالطارىء ، وأن يفوت الإبان قباله إبان فلا يحاسب الطارىء المطروء عليه بانتفاعه .

« ق » ابن رشد إن طرأ على الوارث من هو أحق منه بالوراثة فلا خلاف أنه يرد ما اغتل وسكن لانتفاء وجوه الضمان عنه ، فإن طرأ عليه من هو شريكه في الميراث فاختلف قول الإمام مالك « رض » إذا سكن ولم يكر ، والأصح وجوب الكراء عليه في حصة الوارث الطارىء عليه ، وفيها إن استحق الأرض بعد إبان الزراعة وقد زرعها مشتريها أو مكتر منه فلا كراء للمستحق في تلك السنة وكراؤها للذي أكراها إن لم يكن غاصباً وكانت في يده بشراء أو ميراث ، وكذلك إن سكن الدار مشتريها أو أكراها أمداً ثم استحقها رجل بعد الأمد فلا كراء له وكراؤها للمبتاع ، وإذا كان مكري الأرض وارثاً طرأ له أخ

وَإِنْ غَرَسَ ، أَوْ بَنَى : قِيلَ لِلْمَالِكِ أَعْطِهِ قِيمَتَهُ قَائِماً ، فَإِنْ أَبَى : فَلَهُ دَفْعُ قِيمَةِ ٱلْأَرْضِ ، فَإِنْ أَبَى : فَشَرِيكَانِ بِالْقِيمَةِ يَوْمَ ٱلْحُكْمِ ، إِلاَّ ٱلْمُحَبَّسَةَ : فَالنَّقْضُ ؛

لم يعلم به أو علم به فإنه يرجع على أخيه بحصته من الكراء، وأما إن سكنها هذا الوارث أو زرع فيها لنفسه ثم طرأ أخ له لم يعلم به فلا كراء له عليه ، وقد قال الإمام مالك « رض » فيمن ورث داراً فسكنها ثم قدم أخ له لم يعلم به فلا شيء له في السكنى . ابن القاسم والكراء في هذا بخلاف السكنى .

(وإن غرس) ذو الشبهة (أو بنى) في أرض ثم استحقت (قيل للمالك) الذي إستحقها من ذي الشبهة بعد غرسه أو بنائه بها (أعطه) أي الباني أو الغارس بشبهة (قيمته) أي البناء أو الغرس حال كونه (قائماً) وخذ الأرض ببنائها أو غرسها (فإن أبى) أي امتنع المالك من إعطاء قيمة البناء أو الغرس قائماً (فله) أي الغارس أو الباني بشبهة (دفع قيمة الأرض) لمالكها خالية من الغرس والبناء (فإن أبى) أي امتنع الباني أو الغارس من دفع قيمة الأرض (ف) هما (شريكان) المالك بقيمة أرضه والباني أو الغارس بقيمة بنائه أو غرسه ، وبهذا قضى سيدنا الإمام عمر « رض » والمعتبر في التقويم (يوم الحكم) « ق » المازري في كون قيمة البناء يوم بنائه أو يوم المحاكمة قولان ، ولم يشهر ابن عرفة قولاً منهما (إلا) الأرض (المحبسة) التي بنى أو غرس فيها ذو شبهة (ف) لا يقال للناظر عليها أعطه قيمته قائماً ، فإن أبى الخ ، ويتعين (النقض) أي هدم البناء وقلع الغرس على الباني أو الغارس .

« ق » فيمن بنى داره مسجداً ثم استحقها رجل فله هدمه . سحنون كأنه نحا إلى أن النقض لما كان لله تعالى لا يأخذ قيمته ، ولكن يأخذه ويجعله في مسجد آخر ومن بنى في أرض فثبت أنها حبس فإن بناءه يهدم . ابن عبدوس كيف يهدم بناء بوجه شبهة فقال من يعطيه قيمته قلت ألا يكونان شريكين في الأرض والبناء فانكر ذلك فقال بعض من حضر يكون ذلك بيعاً للحبس وسحنون يسمع فلم ينكر ذلك فقلت له يعطي المحبس

عليـــه قيمة البناء فلم ير ذلك . الحط يعني إلا الأرض المستحقة بحبس فليس للبنـــاني إلا حمل انقاضه .

قال في التوضيح بعد ذكره مسألة الاستحقاق والخلاف فيها ، وهذا كله ما لم تستحق الأرض بحبس فليس الباني إلا حمل انقاضه ، إذ ليس ثم من يعطيه قيمة البناء قائماً، وليس له أن يعطي قيمة الأرض ولا يكونان شريكين لأنه من بيع الحبس ا هـ ، وهذا إذا لم يوجد من يعطيه قيمة النقض ، فإن وجد من يعطيه ذلك فيدفع له ولا امتناع له من ذلك كما صرح بهذا في أحكام ابن سهل ، ونصه عن ابن حبيب عن مطرف فيمن بنى مسجداً وصلى فيه نحو السنتين ثم باعه ممن نقضه وبناه بيتاً أو تصدق به قال يفسخ ما فعـل ، ويرد إلى ما كان عليه مسجداً ، وهو كالحبس لله تعالى لا يجوز بيعه ولا تحويله ، وللبناني نقض بنائه ، وإن شاء فليحتسب في تركـــه ، وإن أراد نقضه فأعطاه محتسب قيمته مقلوعـــاً ليقره للمسجد أجبر الباني على ذلك إلا ما لا حاجة به منه ، فلا بد من نقضه فيترك ذلك كله . قلت فنقض المسجد الأول أيجب على من نقضه أن يعيده كما كان قال عليه قيمته قائماً لأنه متعد في نقضه وهدمه ثم يبنى بتلك القيمة . ابن حبيب قال لي أصبغ مثله .

(و) من اشترى أمـــة وأولدها ثم استحقت برقبتها لغيره (ضمن) (قيمة) الأمة (المستحقة) برقبة لمستحقها (و) ضمن قيمة (ولدها) لمستحقها والمعتبر في تقويمها (يوم الحكم) وإلى هذا رجع مالك « رض » . « ق » فيها مالك « رض » من ابتاع أمة فاولدها ثم استحقت فلمستحقها أخذها إن شاء مع قيمة ولدها عبيداً يوم الحكم ، وعلى هذا جماعة الناس ، وأخذ به ابن القاسم ، محمد وهو قول علي « رض » ، ثم رجـــع مالك « رض » فقال يأخذ قيمتها وقيمة ولدهـــا يوم يستحقها ، زاد ابن يونس لأن في ذلك ضرراً على المبتاع ، وإذا أخذت منه كان قاراً عليها وعلى ولده .

ابن حبيب ثم رجع مالك«رض» فقال ليس لمبتاعها إلا قيمتها يوم وطئها ولا قيمة عليه لولدها ، وبه أفتى لما استحقت أم ولده ابراهيم ، وقيل أم ولده محمد ، وعبر عنه ابن رشد

بقوله وبه حكم عليه في استحقاق أم ولده ، وبه أخذ ابن الماجشون وغيره ، وبه أقول . ابن يونس ابن القاسم والقضاء إن كل وطء بشبهة فالولد فيه لا حق ولا يلحق في الوطء بغير شبهة ، وأن الولد بخلاف الغلة في الاستحقاق .

أشهب في ولد المغرور بالشراء أو النكاح إنما لزم الأب قيمته ، لأنه ليس غلة فيكون له حكمها ، ولا يرق فيأخذه سيد الأمة ، وجعلت قيمته يوم الحكم لأنه حر في الرحم ولا قيمة له حينئذ ، وهذا قول الإمام مالك وابن القاسم رضي الله تعالى عنهما . ابن عرفة في تعلق حق مستحقها بقيمتها أو عينها اضطراب ، فإن أعدم الأب اتبعه المستحق بقيمة الولد وقيمة الأمة ، فان كان الولد موسراً أخذ من ماله قيمته فقط ، ولا يرجع على أبيه إن أيسر . ابن يونس انظر قول ابن القاسم . إن كان الأب عديماً والابن ملياً فليأخذ من الابن قيمة نفسه ، وهي تعتبر يوم الحكم فيجب أن يستحق سيد أمه قيمته بماله وقيمته بماله أكثر من ماله ، فكيف يتصور أخذ قيمته من ماله ، فلعل ابن القاسم إنما قال يأخذ قيمته بغير ماله ، وبه يصح قوله يأخذ قيمته من ماله .

قال في المجموعة إن كان للولد مال كسبه فلا يقوم بماله ، بغيره كعبد ويؤدي ذلك الأب ولا يؤخذ من مال الولد شيء وفهم من قوله وولدها أنه لا شيء على مبتاعها في وطئها إن لم تحمل وهو كذلك . اللخمي لو استحقت حاملاً فعلى أنه يأخذها تؤخر لوضعها فيأخذها وقيمة ولدها ، فإن اسقطت أو ماتت فلا شيء على الأب ، وعلى أخذ قيمتها يوم الحكم يأخذ قيمتها على ما هي عليه ولا ينتظر وضعها ، وعلى القول الآخر ليس له إلا قيمتها يوم حملت نقله ابن عرفة .

(و) إن قتل الولد عمداً أو خطأ ضمن أبوه لمستحق أمه . (الأقل) من قيمته عبداً حياً ومن ديته (إن) كان (أخذ) أبوه (دية) من قاتله عمداً أو عاقلته في قتله خطأ ، ومفهوم الشرط أنه إن لم يأخذ أبوه ديته بأن عفا عن قاتله عمداً أو اقتص منه فلا شيء للمستحق ، وهو كذلك . «ق» ابن يونس لو قتل الولد خطأ فديته لأبيه منجمة بثلاث

سنين وللمستحق منها قيمته يأخذ فيها أول نجم ، فإن لم تتم أخذ تمامها من الثاني ثم مما يليه حتى تتم ، ثم يورث عن الابن ما فضل . ابن القاسم لو قتل الولد عمداً فصالح الأب فيه على أقل من الدية فعليه الأقل من ذلك أو قيمته يوم قتله ، فإن كان ما أخذ أقل من القيمة رجع المستحق على القاتل بالأقل من تمام القيمة أو الدية . ابن عرفة وإن قتل عمداً فلأبيه القصاص والعفو ، ولا مقال للمستحق على القاتل ولا على الأب .

(و) من اشترى أمــة بكراً أو ثيباً ووطئها ثم استحقت بحريتها فـ (لا) يضمن (صداق حرة) اشتراها على أنهــا أمة ووطئها بكراً كانت أو ثيباً ثم استحقت نفسها بالحرية فلا يضمن صداقها عنــد مالك وابن القاسم رضي الله تعالى عنهما . المصنف وهو المشهور المعروف ، ولا مـا نقصها في الشامل على الأصح (أو) أي ولا يضمن المشتري (غلتها) أي الحرة كمن ورث داراً مثلا فاستحقت حبساً فلا خراج عليه عند ابن القاسم. ابن رشد وبه جرى العمل عندنا. «ق» فيها لمالك «رض» من ابتاع أمة فوطئها وهي ثيب أو بكر فافتضها ثم استحقت بملك أو حرية فــلا شيء عليه للوطء لا صداق ولا ما نقصها . ابن يونس كأنه رأى لمـا وطئت على الملك لم يكن لهـا صداق ، وكذلك يقول لو اغتلها أن الغلة للمشتري ، والأشبه أن لا غلة له ، إذ لا ضمان عليه فيها ، ولأنها لو ماتت لرجع بثمنه .

الحط ما ذكره المصنف هو المذهب من أن العبد إذا استحق بحرية لا يرجع على سيده بمـا اغتله منه من خراجه وأجرة عمله ولا باجرة ما استخدمه فيه ، وكذا لو كاتبه ثم استحق بحرية بعد قبض السيد الكتابة فلا يرجع عليه بها ، بخلاف جرحه وأخذ السيد أرشه فله الرجوع عليه بالأرش الذي أخذه من جارحه . وكذا لو كان له مال اشتراه معه أو أفاده العبد من فضل خراجه أو عمله ، أو تصدق به عليه ، أو وهب له فانتزعه سيده فله الرجوع عليه به . أما لو وهب له السيد مالاً أو استخبره بمال فاستفاد فيه ، وقال إنما دفعته اليه لأنه عبدي ، وكنت أرى أن لي انتزاعه متى شئت فللسيد أن يرجع في

ذلك كله . وأما إن قال له اتجر بهذا المال لنفسك فليس له إلا رأس ماله .

واختلف إذا أعطاه أو تصدق عليه بعد أن أعتقه وهو يرى أنه مولاه ثم استحق بحرية أو ملك ، فقيل له الرجوع عليه بذلك ، وقيل لا رجوع له عليه ، قاله جميعه في رسم يدبر من سماع عيسى من كتـــاب الاستحقاق ، وكذلك الأرض المستحقة بحبس لا يرجـع بغلتها على القول المفتي بـه ، وصرح بـه ابن رشد في مسائل الحبس من نوازله .

قال في التوضيح وهو الذي جرى به العمل ، وهذا إذا لم يعلم المستحق من يـــده بالحبس . فإن علم به واستغله فيرجع عليه بغلته إلا إذا كان بائع الحبس المحبس عليه ، فان كان رشيداً عالماً بالحبس فلا رجوع له بغلته ، ولو كان المشتري عالماً بذلك ، ذكره ابن سهل ، ونصه ابن العطار إذا فسخ بيع الحبس فغلته فيما سلف قبل ثبوت تحبيسه للمبتاع لا يرجع عليه بشيء منها إذا لم يعلم بالحبس بعد حلفه أنه لم يعلم به ، وما كان في رؤس الشجر من الثمر وقت الاستحقاق فهو للذي ثبت له أصل التحبيس في حين ثباته ، وإن كان في إبان الحرث فعليه كراء الأرض ، وإن كان بائع الحبس المحبس عليه رجع عليـه بالثمن ، فان لم يكن له مال وثبت عدمه حلف للمبتاع وأخذ من غلة الحبس عاماً بعام ، فان مات المحبس عليه قبل استيفاء الثمن رجع الحبس إلى من يستحقه ولم يكن للمبتاع شيء منه ، فان كان بائع الحبس كبيراً عالماً بالتحبيس عوقب بالأدب والسجن على بيعه إن لم يكن له عذر .

ابن سهل ينبغي إن كان مالكاً لنفسه مع ذلك أن لا يكون له طلب المبتاع بشيء من الغلة ، وإن علم حين ابتياعه أنه حبس . وقد نزلت بقرطبة ، وأفتيت فيها بذلك ، وخالفني فيها غيري وخلافه خطأ ا هـ . وصرح بهـــذا المشذالى ، ونصه سئل اللؤلؤي عمن حبس عليه حبس فباعه والمشتري عالم بانـــه حبس فاستغله مدة ثم نقض البيع ، فقال لا يرد الغلة لأن البائع عالم فهو واهب الغلة إلا أن يكون لـــه شريك أو يكون الحبس معقباً فلشريكه نصيبه منها ا هـ . البناني هذا مخالف لما في التحفة ، إذ قال فيها :

وإنْ هَدَمَ مُكْتَرٍ تَعَدِّياً : فَلِلْمُسْتَحِقِّ النُّقْضُ وقِيمَةُ الْهَدْمِ ، وإنْ أَبْرَأَهُ مُكْرِيهِ كَسَارِقِ عَبْدٍ ، ثُمَّ اسْتُحِقَّ ؛

وما يبيع من عليه حبساً ... يرد مطلقاً ومع علم أسا
والخلف في المبتاع هل يعطى الكرا ... واتفقوا مع علمه قبل الشرا

ابن الناظم ما أفتى به ابن سهل معارض لما نقله الشيخ من الاتفاق على رد الغلة إذا علم قبل الشراء ، وما قاله ابن سهل لا يخلو من نظر ، والأظهر رجحان قول من خالفه في تسويغ الغلة للعالم بالتحبيس قبل ابتياعه وتمكينه من ثمرة عقد باطل لا شبهة له فيه ا هـ . البناني وفيه سلف جر نفعاً ، إذ علمه بالتحبيس قبل الشراء دخول على فسخه ورجوع ثمنه له بعد غيبة بائعه عليه ، وهو سلف ، والغلة منفعة في السلف ا هـ .

(وإن) اكترى شخص داراً مثلا من ذي شبهة ، و (هدم) الـ (مكتر) ي الدار هدما (تعدياً) بأن كان بغير إذن مكريها ثم استحقت الدار (فللمستحق) على المكتري المتعدي بالهدم (النقض) بضم النون وبالضاد المعجمة أي المنقوض من حجر وآجر وخشب ونحوها (وقيمة) أي أرش نقص (الهدم) بأن تقوم الدار مثلا مبنية ومهدومة ، ويلزم الهادم ما بين القيمتين إن لم يبره قبل الاستحقاق مكريه ، بل (وإن) كان (أبرأه) أي الهادم (مكريه) بضم فسكون فكسر أي الذي أكرى له من قيمة الهدم لأنه تبين أنه لا حق له ، ومفهوم تعدياً أنه إن لم يتعد في الهدم بأن أذن له فيه مكريه فلا يلزمه أرش الهدم ، وليس للمستحق إلا النقض إن بقي أو ثمنه إن بيع وفات .

وشبه في غرم المتعدي وإن أبرأه الحائز فقال (كسارق عبد) بإضافة اسم الفاعل لمفعوله ، أي رق من مبتاع أبرأه المبتاع من قيمته (ثم استحق) بضم التاء وكسر الحاء المهملة العبد فلمستحقه قيمته على سارقه لا على مبتاعه . «ق» فيها لابن القاسم من اكترى داراً فهدمها تعدياً ثم قام مستحقها فله أخذ النقض إن وجده قائماً وقيمة الهدم من الهادم ولو كان المكري قد ترك للمكتري قيمة الهدم قبل الاستحقاق لرجع بها المستحق على

بِخِلاَفِ مُسْتَحِقّ مُدَّعِي حُرِّيَّةٍ ، إلاَّ القَلِيلَ ،

الهادم كان ملياً أو معدماً ، لأن ذلك لزم ذمته بتعديه ، ولا يرجع على المكري ، إذ لم يتعد وفعل ما يجوز له ، وهو كمن ابتاع عبداً فسرقه منه رجل فترك له قيمته ، ثم قام ربه فانما يتبع السارق خاصة في التنبيهات .

قوله قيمة الهدم قيل بما بين قيمتها بقعة وأنقاضاً وقيمتها بذلك البناء ، وقيل ما أفسد من البناء . وعند ابن حبيب يضمن ما ينفق في البناء . وقيل يأخذ النقض من مستحقها ثم يغرم له ما أفسد من الهدم . أبو الحسن قول عياض بما بينها بقعة يعني مع الانقاض ثم قال ورأيته أي القول الأخير في كلام التنبيهات في موضع آخر يأخذ النقض مستحقه ، فعلى ما في التنبيهات يغرم قيمة البناء قائماً ، ويكون النقض له كالمتعدي على سلعة بإفساد كثيراً فات المقصود منها فيغرم قيمتها وتكون له ، وعلى ما في الموضع الآخر يكون هو التأويل الثاني .

وأخرج من قوله أو غلتها فقال (بخلاف) شخص (مستحق) بكسر الحاء المهملة شخص (مدعى) بضم الميم وشد الدال وكسر العين (حرية) لنفسه نزل بلداً واستعمله شخص في أعمال ثم استحق برقبته لشخص فله أخذ أجرة عمله ممن استعمله (إلا) العمل (القليل) كسقي الدابة وشراء فاكهة أو لحم من سوق قريب . «ق» فيها لو نزل عبد ببلد وادعى الحرية فاستعانه رجل فعمل له عملا له بال من غناء او غرس او غيره بغير أجر او وهبه مالاً ، فلربه إذا استحقه أخذ قيمة عمله ممن استعمله إلا أن يكون عملا لا بال له كسقي الدابة ونحوه .

وفي كتاب محمد إنما يأخذ قيمة عمله إن كان قائماً ، فان فات فلا شيء له ، وظاهره سواء طالت إقامته وهو يدعى الحرية أم لا . وفي النكت إذا استأجره رجل في عمل ودفع اليه الأجرة ثم أتى سيده وقد أتلف العبد الأجرة فلا غرم على الذي استأجره إن كان ظاهر الحرية ، لأنه لم يتعد في الدفع اليه ، وكذا حكى بعض من تقدم من الشيوخ إلا أنه قال ان طالت إقامة العبد واستفاضت حريته وإلا غرم دافع الأجر ثانية ، وخالفه غيره ، وقال يغرم على كل حال ، لأن العبد باع سلعة مولاه بغير إذنه فلا يبرأ

من دفــع اليه ، لأنه دفع لغير مستحق ، قال وهـــذا عندي أقيس ، والأول اشبه بظاهر المدونة قياساً على من مات فأنفذت وصاياه وبيعت تركته ، ثم استحقت رقبته اه كلام الشارح .

(و) من بنى مسجداً بأرضه ثم استحقها غيره فـ (له هدم مسجد) ويأخـــذ الباني نقضه يجعله في مسجد آخر وله إبقاؤه مسجداً . « ق » فيهـا لابن القاسم من بنى داره مسجداً ثم استحقها رجل فله هدمه ، كمن ابتاع عبداً فأعتقه ثم استحق فلربه نقض بيعه وعتقه . سحنون كأنه نحا الى أن النقض لما كان لله تعالى لا يأخذ قيمته ولكن يأخـذه ويجعله في مسجد آخر .

(و) إن اشترى شخص سلعاً في صفقة واحدة (واستحق) بضم التاء وكسر الحاء المهملة (بعض) منها (فـ) حكمه (كـ) حكم (المبيع) وفي نسخة البيــع ، وفي أخرى العيب وهي أنص على المقصود في التفصيل بين وجه الصفقة وغـيره ، فان كان المستحق وجه الصفقة فلا يجوز التمسك بالباقي بحصته من الثمن ، وإن كان غـيره فيجوز وفيها قال الإمام مالك «رض» من اشترى ثياباً كثيرة فاستحق بعضها أو وجد به عيب قبـل قبضها أو بعده ، فان كان ذلك أقلها رجع بحصته من الثمن فقط وإن كان وجه الصفقة . محمد بأن يقع له أكثر من نصف الثمن انتقض ذلك كله ورد ما بقي ، ثم لا يجوز أن يتماسك بما بقي بحصته من الثمن ، وإن رضي البائع ، إذ لا يعرف حتى يقوم وقد وجب الرد فصار بيعاً مؤتنفاً بثمن مجهول ، وأجازه ابن حبيب ، ولو كان مـــا ابتاع مكيلاً أو موزوناً فاستحق القليل منه رجع بحصته من الثمن ، ولزمه ما بقي . وإن كان كثيراً فهو مخير في أن يحبس ما بقي بحصته من الثمن أو يرده ، وكذلك في جزء شائع مما لا ينقسم ، لأن حصته من الثمن معلومة قبل الرضا به .

البناني حاصل استحقاق البعض أنه لا يخلو إما أن يكون شائعاً أو معيناً ، فإن كان شائعاً مما لا ينقسم وليس من رباع الغلة خير المشتري في التماسك والرجوع بحصته من الثمن وفي رد باقيه وأخذ جميع ثمنه لدفع ضرر الشركة سواء استحق أقله أو أكثره ، وإن كان

مما ينقسم أو كان متخذاً للغلة خير في استحقاق الثلث ووجب التمسك فيما دونه ، وإن استحق جزء معين فإن كان من مقوم كعروض وحيوان رجع بحصته بالقيمة لا بالتسمية إن لم يكن وجه الصفقة ، وإن كان وجهها تعين رد الباقي ولا يجوز التمسك به بحصته من الثمن ، وإن كان مثلياً فإن استحق أقله رجع بحصته من الثمن ، وإن استحق أكثره خير في التمسك بباقيه والرجوع بحصة المستحق من الثمن ، وفي رده وأخذ جميع الثمن ، وكذا في استحقاق جزء شائع مما لا ينقسم لأن حصته من الثمن معلومة قبل التمسك به.

(و)إن اشترى سلعاً في صفقة واستحق بعضها أو ظهر عيبه (رجع) بضم فكسر في معرفة ما يخصه من الثمن (للتقويم) من أهل المعرفة بحسب الصفات لا التسمية حال البيع ، لأنه قد يسمى الشيء أكثر أو أقل من قيمته لاجتماعه مع غيره . «ق» فيها لمالك رضي الله تعالى عنه من ابتاع سلعاً كثيرة صفقة واحدة فإنما يقع لكل سلعة منها حصتها من الثمن يوم وقعت الصفقة ، ومن ابتاع صبرة قمح وصبرة شعير جزافاً في صفقة واحدة بمائة دينار على أن لكل صبرة خمسين ديناراً وثياباً أو رقيقاً على أن لكل عبد أو ثوب من الثمن كذا فاستحقت إحدى الصبرتين أو أحد العبدين أو أحد الثياب ، فإن الثمن يقسم على جميع الصفقة ولا ينظر إلى ما سميا من الثمن ، لأنه لم يبع هذه بكذا إلا على ان الآخر بكذا قبضها يحمل بعضاً .

محمد وإن كان الثمن مما لا ينقسم رجع بقيمة الحصة التي قابلت منه المستحق ، أراد مثل كون الثمن عبداً وقد استحق ربع الصفقة فيرجع بربع قيمة العبد ولا يرجع في عينه إن كان قائماً لضرر الشركة ، وقاله ابن القاسم فيمن وجد عيباً ببعض الصفقة .

(و)إن ابتاع عبدين في صفقة واحدة فاستحق أجودهما فـ(له) أي المبتاع (رد أحد عبدين) اشتراهما في عقد واحدو(استحق) بضم التاء وكسر الحاء (أفضلهما) وله التمسك بالباقي بما يقابله من الثمن ، وهذا يخالف قوله قبله وإن استحق بعض فكالمعيب ، فلعل ما هنا على قول أشهب وابن حبيب بجواز التمسك بالأقل بحصته من الثمن ، وما تقدم

قول ابن القاسم . الحط كذا قال ابو سعيد في تهذيبه ، ونصه ومن ابتاع عبدين في صفقة واستحق احدهما بحرية بعد أن قبضه او قبله فإن كان وجه الصفقة فله رد الباقي ، وإن لم يكن وجهها لزمه الباقي بحصته من الثمن . ابو الحسن ليس في الأمهات فله رد الباقي ، وإنما رد الباقي فهذه متعقبة ، لأن ظاهره له الرد وله التماسك فهو كقول أشهب وابن حبيب اه ، وما ورد على أبي سعيد يرد على المصنف وقوله (بحرية) لا مفهوم له إذ استحقاق احدهما برقبة كذلك وقد دخل في قوله وإن استحق بعض فكالعيب ، وإنما نبه عليه لأنه قد يتوهم أنها صفقة جمعت حلالاً وحراماً فترد كلها ولم ترد كلها لأنهما لم يدخلا على ذلك والله أعلم .

« غ » كذا فرض الاستحقاق بحرية في المدونة . ابو الحسن لم يره من باب صفقة جمعت حلالاً وحراماً لأنهما لم يدخلا على ذلك ، فجعل ذلك من قبيل العيوب وكذا من اشترى شاتين مذبوحتين فوجد احدهما غير زكية او قلتي خل فوجد إحداهما خمراً ، او داراً فوجد بعضها حبساً مقبرة او غيرها اه ، فكأنه قصد الوجه المشكل .

وشبه بما تقدم في التفصيل في البعض المستحق بين كونه وجه الصفقة فلا يجوز التمسك بالباقي بحصته من الثمن ، وكونه غير وجهها فيجوز ذلك فقال : (كأن) اشترى عبداً مثلاً ثم اطلع على عيب يبيح رده فأراد رده فـ(صالح) البائع المشتري (عن عيب) ظهر في العبد الذي اشتراه وأراد رده به (بـ)عبد (آخر) مثلاً ثم استحق أحدهما فكأنهما بيعا في صفقة واحدة ، فإن كان المستحق منهما وجهها فلا يجوز التمسك بالباقي بحصته من الثمن ، وإلا جاز .

« غ » والحط الذي في اكثر النسخ كأن صالح بكاف التشبيه وهو الصواب ، فلا يخالف ما في المدونة ، والمعنى ان حكم من اشترى عبداً ثم اطلع فيه على عيب قديم فصالح عنه بعبد آخر ثم استحق احدهما كحكم اشترائهما في صفقة واحدة قال في المدونة من اشترى عبداً واصاب به عيباً فصالحه البائع عن العيب بعبد آخر دفعه إليه جاز ، وكأنهما في صفقة ، فإن استحق احدهما فليفض الثمن عليهما وينظر هل هو وجه الصفقة

وَهَلْ يُقَوَّمُ ٱلْأَوَّلُ يَوْمَ الصُّلْحِ أَو يَوْمَ الْبَيْـعِ ؟ تَأْوِيلَانِ ، وَإِنْ صَالَحَ فَاسْتُحِقَّ مَا بِيَدِ مُدَّعِيهِ : رَجَعَ فِي مُقَرٍّ بِهِ لَمْ يَفُتْ ، وَإِلَّا فَفِي عِوَضِـهِ :

أم لا على ما ذكرنا ، ابو الحسن يعني فيمن ابتاع عبدين في صفقة . وشبه المصنف هـذه المسألة بتلك كما في تهذيب أبي سعيد إلا أن المأخوذ من كلامها في المسألة الأولى ليس كذلك كما تقدم ، فيكون في هذه أيضاً كذلك ، ولذا قال اللخمي ابن القاسم فيمن اشترى عبداً ثم وجد به عيباً فصالح منه على عبد آخر ثم استحق أحدهما فسبيلهما سبيل ما اشترى في صفقة واحدة ، يريد إن كانا متكافئين أو استحق الأدنى ورجع بما ينوب المستحق ، ولزم الآخر ، وسواء كان المستحق الأول أو الآخر وإن استحق الأجود رد الآخر والله أعلم .

(وهل يقوم) بضم التحتية وفتح القاف والواو مثقلا أي يعتبر العبـد (الأول) المشتري بصفاته (يوم الصلح) مع تقويم المصالح به يومه . عياض لأنه يوم تمام قبضهما وقاله أبو عمران (أو) يقوم الأول (يوم البيع) والثاني يوم الصلح ، وذكره عبد الحـق في نكته في الجواب (تأويلان) لقول ابن القاسم فيها كأنهما في صفقة ، وعاب أبو عمران التأويل الثاني فقال قال ابن القاسم فيها فيها كأنهما في صفقة ، وهو قال في صفقتين .

(وإن ادعى شخص على آخر بشيء معين فأقر له به و (صالح) المدعى عليه المدعي بشيء (واستحق) بضم التاء وكسر الحاء (ما) أي الشيء المصالح به الذي (بيدمدعيه) أي الشيء المعين الذ أقر به المدعى عليه (رجع) المدعي على المدعى عليـه (في) شيء معين (مقر) بفتح القاف (به) من المدعى عليه إن (لم يفت) المقر بـه بتغير سوق ولا ذات وهو عرض أوحيوان (وإلا) لم يفت بأن فات بتغير ذات أو سوق (ف)يرجع المدعي (في عوضه) أي المدعى به المعين وهو قيمته إن كان مقوماً ، ومثله إن كان مثلياً .

« ق » فيها لابن القاسم من ادعى شيئاً بيد رجـل ثم اصطلح على الإقرار على عوض فاستحق ما أخذ المدعى فليرجـع على صاحبه فليأخذ منه ما أقر له به إن لم يفت ، فإن

فات بتغير سوق أو بدن وهو عرض أو حيوان رجع بقيمته حكمه حكم البيع . ابن يونس تحصيله أنه لا خلاف إذا استحق ما بيد المدعي والصلح على الإقرار أنه يرجع في شيئه أو قيمته أو مثله إن فات كالبيع ، فعبر المصنف بالعوض لشموله القيمة والمثل .

وشبه في الرجوع بالعوض فقال (ك) ادعائه بشيء معين بيد آخر فأنكره وصالحه على (إنكار) بشيء معين ثم استحق المصالح به فللمدعي الرجوع على المدعى عليه بقيمته إن كان مقوماً ، ومثله إن كان مثلياً (على الأرجح) عند ابن يونس من الخلاف .

« ق » سحنون إن استحق ماقبض المدعى في الصلح على الإنكار فليرجع بقيمة ماقبض أو مثله إن وجد له مثل . ابن اللباد المعروف من قول أصحابنا أنهما يرجعان إلى الخصومة . ابن يونس الصواب قول سحنون لأن الرجوع للخصومة غرر ، إذ لا يدرى ما يصح له إن رجع لها فلا يرجع من معلوم إلى مجهول ، ويكون كمن صالح عن دم عمد وجب على عبد فاستحق فإنه يرجع بقيمته ، إذ لا ثمن معلوم لعوضه ، فكذا هنا . الحط قوله وإلا ففي عوضه كالإنكار على الأرجح أي وإن فات قال في المدونة بتغير بدن أو سوق فيرجع في عوضه أي عوض الشيء المقر به ، وهو مثل المثلي وقيمة المقوم كما يرجع في الإنكار بعوض الشيء المصالح به فات أو لم يفت ، وهو مثل المثلي وقيمة المقوم ، وهذا يفرقه ذهن الطالب ، لأنه في الإقرار ثبت الشيء له ، وأما في الإنكار فلم يثبت ، فكيف يتوهم أنه يأخذه فيتعين أن يكون المراد عوض المصالح به ، والله أعلم .

و (لا) يرجع (إلى الخصومة) للغرر كما تقدم . طفي رام المصنف رحمه الله تعالى في هذه المسائل كلها اختصار المدونة ، فلم تساعده العبارة ، فلو قال ففي قيمته لطابق قولها ، فإن فات بتغير سوق أو بدن وهو عرض أو حيوان أخذ قيمته اهـ ، ولما نقل « تت » لفظها قال انظر هذا مع قول خليل وإلا ففي عوضه . وقال « غ » لا يخلو هذا الكلام من نظر ، لأنه إن أراد بعوضه قيمة المقر به الفائت إن كان من ذوات القيم ، ومثله إن كان من ذوات الأمثال ، فهذا صحيح في نفسه ، ولكن لا يصح تشبيه مسألة الإنكار

ومَا بِيَدِ ٱلْمُدَّعَى عَلَيْهِ ، فَفِي ٱلْإِنْكَارِ يَرْجِعُ بِمَا دَفَعَ ، وإلاَّ فَبِقِيمَتِهِ ، وَفِي ٱلْإِقْرَارِ لاَ يَرْجِعُ :

به ، وإن أراد بعوضه عرض المستحق فليس بصحيح في نفسه ، ولكن تشبيه مسألة الإنكار به صحيح اه ، ونقلة البناني ، وقد أشار الحط لدفع استشكال « غ » بتقريره السابق وقوله وهذا يفرقه ذهن الطالب الخ ، وتبعه « ز » وهو ظاهر وإن قال البناني أنه لا يدفعه والله أعلم .

(و)إن استحق (ما) أي المصالح عنه الذي(بيد المدعى عليهففي)الصلح على(الإنكار يرجع) المدعى عليهعلى المدعي(بما)أي عين المصالح بهالذي (دفعه) المدعى عليه للمدعي إن لم يفت (وإلا) بأن فات بتغير سوق أو ذات(ف)يرجع المدعى عليه على المدعي (بقيمته) إن كان مقوماً وبمثله إن كان مثلياً ، وسواء كان ذلك بحضرة الصلح أو بعد طول .

(و)إن استحق بيد المدعى عليه (في) الصلح على (الإقرار) من المدعى عليه بالمدعى به للمدعي الاول (لا يرجع) المدعى عليه على المدعي (بشيء) لإقراره أن المدعى به للمدعي الاول الذي صالحه ، وأن المدعي الثاني ظلمه فيه . « ق » فيها لابن القاسم إن كان الصلح على الإنكار واستحق ما بيد المدعى عليه فليرجع بما دفع إن لم يفت ، فإن فات بتغير سوق أو بدن وهو عرض أو حيوان رجع بقيمته . أشهب وإن اصطلحا على الإقرار فاستحق ما بيد المدعى عليه بالبينة والحكم فليرجع على المدعي بما دفع إليه .

الطحاوي لا يرجع بشيء ، لأنه أقر أنه للمدعي ، وإنما أخذ منه ظلماً . قال وهذا قول أهل المدينة على ساكنها أفضل الصلاة والسلام وابن أبي ليلى ومن قال بقولهم . أبو الحسن والعمل عندنا اليوم على ما في كتاب الطحاوي والمدنيين أنه لا يرجع ، ويقال للمستحق من يده تأخذ النسخة وترجع على بائعك بالثمن أو تخاصم ، ثم لا رجوع لك اه . الحط وانظر ما معنى قوله ويقال للمستحق من يده الخ والله أعلم .

وفي معين الحكام إذا أعذر للذي ألفي في يده العبد أو الدابة فالصواب أن يقول لا

صحة لي إلا أن أرجع على من ابتاع لي، فإن ادعى مطعناً في الشهود أجل فإن عجز حكم عليه ثم لا رجوع له على البائع لأن قيامه عليه إنما هو بالبينة التي أعذر له فيها، فاذاطعن فيها فلا قيام له بها، وصرح ابن سلمون بأن المستحق منه شيء وادعى فيه دافعاً وعجز عنه فلا رجوع له على بائعه والله أعلم.

وشبه في عدم الرجوع فقال (كعلمه) أي المشتري شيئاً واستحق منه بالبينة والحكم (صحة ملك بائعه) الذي باعه المستحق منه بما ذكر فلا يرجع المشتري على بائعه بشيء. عند ابن القاسم وأشهب لتحققه أن المستحق ظلمه، قال غيرهما له الرجوع عليه (لا) ينتفي رجوع المشتري على بائعه بثمن المستحق (إن قال) المشتري حال قيام المستحق عليه هذه (داره) أي البائع، لأن هذا لا يفيد علمه صحة ملك بائعه. «ق» المتيطي من ابتاع ملكاً وعلم صحة تملك بائعه له وأقر بذلك فلا يلزم تحويره له ولا إنزاله فيه، فإن دفعه عنه دافع فمصيبته من المبتاع قاله سحنون وقولنا ابتاع منه جميع الدار مثلا أولى من إضافتها إلى البائع بأن يقال داره لاختلافهم فيها، فقيل إذا أضيف ذلك إليه ثم استحق من المبتاع فلا يرجع على البائع لأنها إقرار بتحقق ملك البائع لما باع.

وقال ابن الهندي الذي تدل عليه الأصول أن له الرجوع على البائع وإن أضاف المبيع إليه، والدليل على هذا ما مضى عليه أهل العلم في عقد الوثائق يفتتحونها باشترى فلان من فلان ما حوته أملاكه، قال غير واحد هذا هو الصواب، لأنه ليس في إضافة ذلك إلى البائع إقرار من المبتاع بتملك البائع له، وإنما معناه داره بزعمه، ولو أن المبتاع صرح بتمليك البائع للمبيع ثم استحق من يده ففي رجوعه على البائع روايتان، والذي به القضاء الرجوع هذا في صريح الإقرار، فكيف في هذه الإضافة التي لا تحتمله إلا ببعد.

وقال ابن سلمون غير الأصول من الرقيق والدواب والعروض تكتب في استحقاقها يعرف شهوده أنه ما خرج من ملكه حتى الآن، فإذا ثبت هذا فلا بد من اليمين أنه ما خرج ذلك عن ملكه، فإذا ثبت الاسترعاء واليمين أعذر إلى الذي ألفى ذلك بيده،

وفي عَرْضٍ بِعَرْضٍ بِمَا خَرَجَ مِنْ يَدِهِ أَوْ قِيمَتِهِ، إِلاَّ نِكَاحاً وَخُلْعاً، وَصُلْحَ عَمْدٍ،

فإن ادعى مدفعاً أجله ثم لا رجوع له بعد ذلك على من ابتاع منه إن لم يقدر على حل ذلك عنه، لأنه قد أكذب ما ثبت وإن لم يدع مدفعاً رجع على من ابتاع منه وتكتب أعذر إلى فلان فيما ثبت فقال لا مقال لي في ذلك ولا مدفع إلا الرجوع على من ابتعت منه .

(و)إن بيع عرض بعرض ثم استحق أحدهما فيرجع المستحق منه (في) بيع (عرض) بسكون الراء فضاد معجمة كعبد (بعرض) كجمل (بما) أي العرض الذي (خرج من يده) أي المستحق منه إن لم يفت لانفساخ البيع (أو) بـ(قيمته) أي الذي خرج من يده إن فات وكان من المقومات، وإلا فبمثله «ق» للإمام مالك رضي الله تعالى عنه من باع عبداً بعبد فاستحق أحدهما من يد مبتاعه أو رده بعيب فإنه يرجع في عبده الذي أعطاه فيأخذه إن وجده، وإن فات بتغير سوق أو بدن لم يكن له إلا قيمته يوم الصفقة ولا يجتمع لأحد في هذا خيار في أخذ السلعة أو قيمتها. أبو الحسن لأن البيع صحيح، وإنما يراعى يوم القبض في البيع الفاسد أو الهبة على أحد القولين .

واستثنى من الرجوع بما خرج أو قيمته فقال : (إلا نكاحاً) أصدقها فيه عرضاً ثم استحق من يدها قبل البناء أو بعده فله الرجوع على زوجها بقيمة العرض المستحق لا ببضعها قبل البناء وصداق مثلها بعده (و)إلا (خلعاً) بضم الخاء المعجمة أي طلاقاً بعرض ثم استحق فللزوج الرجوع على دافع العرض بقيمته لا بالعصمة ولا بخلع المثل . «ق» فيها للإمام مالك «رض» إن تزوجت المرأة بشقص من دار فأراد الشفيع أخذه فليأخذه بقيمة الشقص لا بصداق مثلها ومن نكح بعبد فاستحق أو وجدت به عيباً فإنها ترده وترجع على الزوج بقيمه العبد لا بمهر مثلها، وتبقى زوجة له والخلع بهذه المنزلة . أشهب سواء استحق بملك أو حرية فإنها ترجع بقيمته .

(و)إلا (صلح) جان بجنياً عليه أو وليه عن جرح أو قتل (عمد) لا دية له مقدرة

على إقرار أو إنكار بعرض ثم استحق فللمجني عليه أو وليه الرجوع على الجـاني بقيمة العرض المستحق ، ولا يرجع للقصاص «ق»فيها للامام مالك «رض» من صالح عن دم عمد على عبد جاز ذلك ، فإن استحق العبد رجع بقيمته ، إذ لا ثمن معلوم لعوضه ولا سبيل إلى القتل (أو) عرضاً (مقاطعاً) بضم الميم وفتح الطاء المهملة (به عن) عتق (عبد) قن ثم استحق العرض فللسيد الرجوع على العبد بقيمة العرض المستحق ، وليس لـــه الرجوع إلى ملك العبد «ق» وإن أعتق عبده على شيء بعينه ثم استحق ذلـــك فالعتق ماض لا يرد ، وهذا بين لا شك فيه ، لأنه كأنه مال انتزعه منه ثم أعتقه اه» انظر هذا فإنه يفيد أنه لا يرجع على العبد بشيء . ونقل الطخيخي عن ابن المواز أن ابن القاســم رجع إلى رجوع السيد على عبده بقيمة العرض المستحق ، وقاله أشهب ، وعلى هذا ينزل كلام المصنف والله أعلم (أو) عرضاً مقاطعاً به عن كتابة (مكاتب) ثم استحق فلسيده الرجوع بقيمة العرض عليه لا بنجوم الكتابة .

« ق » فيها لمالك من كاتب عبده على عرض موصوف أو حيوان أو طعـــام فقبضه وأعتق العبد ثم استحق ما دفع العبد من ذلك فأحب إلي أن لا يرد العتق ، ولكن يرجع عليه بمثل ذلك . وقال في كتاب المكاتب وإن قاطع سيده على عبد فاستحق فليرجـع السيد على المكاتب بقيمة العبد . الحط في كتاب العيوب من المدونة وإذا بعت عبدك من نفسه بأمة له فقبضتها ثم استحقت أو وجدت بها عيباً لم يكن لك ردها عليه ، وكأنك انتزعتها منه وأعتقته ، ولو بعته نفسه بها وليست له يومئذ رجعت عليه بقيمتها لا بقيمته كما لو قاطعت مكاتبك على أمة في يديه فقبضتهـا وأعتقته وتمت حريته ثم استحقت أو وجدت بها عيباً فإنك ترجع عليه بقيمتها ديناً ، وهذا كالنكاح بها ، بخلاف البيوع اه .

قوله ولو بعته بها نفسه وليست له يومئذ . ابن يونس قال يحيى وهي بعينها في ملك غيره ، وقوله كما لو قاطعت مكاتبك الخ . أراد والله أعلم يجوز أن يقاطع المكاتب على عبد في يده ، فإن استحق أو وجد به عيباً رجع بقيمته بلا خلاف في هـذا ، لأن سيده

أو عُمْرَى ، وإنْ أُنفِذَتْ وَصِيَّةٌ مُستَحِقٌ بِرِقٌ :

كان غير قادر على أخذ ماله ، فهـــو بخلاف القن . وإن أعتق عبده على عبد موصوف فاستحق أو وجد به عيب رجع عليه بمثله في صفته .

ابن يونس فصار ذلك على ثلاث مراتب في المعين لا يرجع عليه بشيء ، وفي الموصوف يرجع بمثله ، وإن كان لغيره يرجع بقيمته اه . ونقله أبو الحسن مع بقية النظائر والله سبحانه وتعالى أعلم . البناني فيحمل كلام المصنف على المعين مطلقاً سواء كان في يـده أو في يد غيره والله أعلم . ولعل الصواب على المعين في يد غيره فقط لأنه إذا كان معينا في يده لا يرجع عليه بشيء ، ولقول البناني في أول القولة ، وإنما يحمل على مـا إذا قاطعه على عبد معين في ملك الغير كما في المدونـــة ، وبعد فلعله خاص بالمقاطعة للعتق لتشوف الشارع للحرية وإلا فقد نصوا على عدم صحة بيع معين في ملك الغير لغرره والعجز عن تسليمه ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

(أو) عرضاً مصالحاً به عن (عمرى) بضم العين المهملة وسكون الميم مقصوراً ، أي منفعة نحو الدار وهبها مالكها لزيد مثلاً حياة الموهوب له ثم استحق العرض المصالح به ، أو وجد به عيب ، أو كان شقصاً فأخذ بالشفعة فللموهوب له قيمة العرض على الواهب أو الشافع . الحط أراد أن من أعمر رجلاً حياته داراً ثم أعطى المعمر بكسر الميم الثانيـــة المعمر بفتحها عبداً عوضاً على ما جعله له من العمرى ولا يجوز أن يعطى رجل عبد رجل ليعمره داراً فليس هذا مراداً هنا والله أعلم . الحط ذكر المصنف ست نظائر ، والسابعة الصلح عن الانكار إذا استحق . العتبي المصالح به .

الخرشي تكلم المصنف هنا على استحقاق ما أخذه في هذه المسائل السبـــع ، وهي النكاح ، والخلع ، وصلح العمد عن إقرار ، وصلحه عن الانكار ، والقطاعة ، والكتابة ، والعمرى ، وسكت عن الأخذ فيها بالشفعة وعن الرد فيها بعيب ، وقد مـــرت في باب الصلح نثراً ونظماً ، فهي إحدى وعشرون مسألة ، والله أعلم .

(وإن) نزل عبد ببلد مدعياً الحرية وأوصى بتفرقة مال وحج عنه ثم مات و(أنفذت) بضم الهمز وكسر الفاء (وصية) شخص (مستحق) بفتح الحـاء المهملة (برق) لشخص

لَمْ يَضْمَنْ وَصِيٌّ وَحَاجٌّ : إِنْ عُرِفَ بِالْحُرِّيَّةِ ، وَأَخَذَ السَّيِّدُ مَا بِيعَ ، وَلَمْ يَفُتْ بِالثَّمَنِ : كَمَشْهُودٍ بِمَوْتِهِ ، إِنْ عُذِرَتْ بَيِّنَتُهُ ، وَإِلاَّ فَكَالْغَاصِبِ ، وَمَا فَاتَ ، فَالثَّمَنُ : كَمَا لَوْ دَبَّرَ ، أَوْ كَبِرَ صَغِيرٌ .

بعد موته صورتها أن شخصاً نزل ببلد وادعى أنه حر وأوصى بوصية ومات فأنفذت وصيته ثم استحقه شخص برقيته له (لم يضمن وصي) أنفذ وصيته بعد موته لمستحقه ما أنفذه وصرفه في مصرفه (و) لم يضمن شخص (حاج) حج نيابة عنه بأجرة بايصائه به ما أنفقه في حجه (إن عرف) بضم فكسر المستحق بالفتح بالحرية بين الناس . ومفهوم الشرط أنه إن لم يعرف بها يضمن الوصي والحاج لتصرفه في مال مستحق بالكسر بلا إذن ، وهو كذلك ، نص عليه الباجي .

(وأخذ السيد) المستحق بكسر الحاء ما وجده من تركته لم يبع و (ما بيع) منها (ولم يفت) بيد مشتريه ، وصلة أخذ (بالثمن)الذي بيع به فيدفعه لمشتريه ، وشبه في النفوذ فقال (ك) شخص (مشهود بموته) في غيبته بيعت تركته من رقيق وغيره وتزوجت زوجته ثم قدم حياً فينفذ بيع ما فات (إن عذرت بينته) الشاهدة بموته بأن رأته صريعاً في معركة القتلى ، وترد له زوجته ويأخذ ما وجده من متاعه لم يبع ، وما بيع ولم يفت له أخذه بالثمن ، وما فات عند مبتاعه بتغير بدنه أو عتقه أو كتابته أو تدبيره أو إيلاده مضى بيعه ويرجع بثمنه على من قبضه (وإلا) أي وإن لم تعذر بينته بأن تعمدت الزور (ف) المشتري متاعه (كالغاصب) في تخيير المالك بين أخذ شيئه وإجازة بيعه وأخذ ثمنه .

وذكر مفهوم ولم يفت فقال (وما فات) من متاع من مات معروفاً بالحرية ثم استحق برقيته بيد مبتاعه نفذ بيعه (فالثمن) الذي بيع به (له) أي المستحق يرجع به على البائع ، ومثل للفوات فقال (كما لو دبر) المشتري الرقيق أو كاتبه أو أعتقه (أو كبر) بكسر الباء (صغير) عند المشتري . « ق » فيها لابن القاسم رحمه الله تعالى من أوصى

بحج أو غيره ثم مات فبيعت تركته وأنفذت وصيته ثم استحقت رقبته ، فإن كان معروفاً بالحرية فلا يضمن الوصي ولا متولي الحج شيئاً ، ويأخذ السيد ما وجده قائماً من تركته لم يبع ، وما بيع وهو قائم بيد مبتاعه فلا يأخذه السيد إلا بثمنه ، ويرجع بالثمن على البائع ، وكذلك قال فيمن شهد بموته بينة فبيعت تركته وتزوجت زوجته ثم قدم حياً ، فإن ذكر الشهود ما يعذرون به في دفع الكذب عنهم مثل رؤيته في معركة القتلى صريعاً فينظرون موته أو مطعوناً ، ولم يتبين لهم حياته ،أو شهدوا على شهادة غيرهم فهذا ترد اليه زوجته ،وليس له من متاعه إلا ما وجده لم يبع ،وما بيع فهو أحق به بالثمن إن وجده قائما.

وأما ان فاتت عينه بيد مبتاعه أو تغير عن حاله في بدنه أو فات بعتق أو تدبير أو كتابة أو إيلاد من المشتري أو كبر صغير فإنما له الرجوع بالثمن على من باع ذلك كله ، فان لم تأت البينة بما تعذر به من شبهة دخلت عليهم فذلك كتعمدهم الزور ، فليأخذ متاعه حيث وجده ، وإن شاء أخذ الثمن الذي بيع به وترد اليه زوجته ، وله أخذ ما أعتق من عبد أو كوتب أو دبر أو كبر أو أمة أولدت فليأخذها وقيمة ولدها من المبتاع يوم الحكم كالمغصوبة يجدها بيد مشتر .

ابن يونس يشبه هذه المسألة مسألة من باع الحاكم متاعه في دين ثبت عليه في غيبته ثم قدم وأقام بينة بأنه كان دفعه فلا يأخذ شيئاً من متاعه الذي بيع حتى يدفع ثمنه لمبتاعه . ابن يونس اعرف أن كل ما باعه الامام يظنه لرجل ، فاذا هو لغيره فربه أحق به بالثمن لصله ما بيع في المغانم . البناني وبنصها المتقدم يظهر لك أن قول المصنف وإلا فكالغاصب فيه نظر ، سواء أعدته لمن وجد المتاع عنده أو للمتصرف في المال . أما الأول فلم يجعله فيها كالغاصب كما رأيته ، اذ لو كان كهو لحد ، ولم يلحق الولد به ، بل هو كالمشتري من الغاصب ، ولذا ألحق الولد به وحكمه فيها بأخذ الأمة ، وقيمة الولد جار على القول المرجوع عنه ، اذ هو الذي أخذ به ابن القاسم كما تقدم . وأما الثاني فكذلك ، ولا يلزم من قولها كالمغصوبة يجدها بيد المشتري . الحكم بأنه غاصب ، فلو قال المصنف وإلا فكالمشتري من الغاصب لأجاد ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

﴿ بـاب ﴾

الشُّفْعَةُ أَخذُ شَرِيكٍ

(باب)

في بيان حقيقة الشفعة واحكامها

(الشفعة) بضم الشين المعجمة وسكون الفاء . ابن رشد في المقدمات الاصل في تسميتها بذلك أن الرجل الجاهل كان اذا اشترى حائطاً أو منزلا أو شقصاً من حائط أو منزل أتاه الجاور أو الشريك فشفع اليه أن يوليه اياه ليتصل له الملك أو يندفع عنه الضرر حتى يشفعه فيه ، فسمي ذلك شفعة والآخذ شفيعاً والمأخوذ منه مشفوعاً عليه ، أي حقيقتها شرعاً (أخذ شريك) الحط تمام الرسم قوله ممن تجدد ملكه اللازم اختياراً بمعاوضة عقاراً بمثل الثمن أو قيمته أو قيمة الشقص اه ، وهو قريب من رسم ابن الحاجب بأنها أخذ الشريك حصة جبراً شراء ، واعترضه ابن عرفة بأنه رسم للاخذ بها لا لماهيتها وهي غير أخذها لأنها معروضة له ولنقيضه وهو تركها ، والمعروض لشيئين متناقضين ليس عين أحدهما وإلا اجتمع النقيضان ، ورسمها ابن عرفة بأنها استحقاق شريك أخذه مبيع شريكه بثمنه اه .

الحط قد يقال انه غير جامع لخروج الشفعة بقيمة الشقص . البناني ما قاله ابن عرفة غير ظاهر ، والظاهر ما قاله ابن الحاجب والمصنف من أن الشفعة هي الأخذ بالفعل ، وليست معروضة له وللترك ، اذ لا يصدق على ترك الأخذ أنه شفعة . قلت لا خفاء في صحة ما قاله ابن عرفة ، وكلامهم صريح فيه ، وتعليل عدم ظهوره بعدم صدق الشفعة على ترك الأخذ بها غفلة ظاهرة ، اذ ابن عرفة صرح بأنها لا تصدق عليه ولا على الأخذ ، وأنها معروضة لهما ، وهذا ظاهر لا خفاء فيه ، والله أعلم .

ابن عرفة وقول ابن هرون في رسم ابن الحاجب هو غير مانع ، لأنه يقتضي وجوب

وَلَوْ ذِمِّيًّا بَاعَ ٱلْمُسْلِمُ لِذِمِّيٍّ : كَذِمِّيَّيْنِ تَحَاكَمُوا إِلَيْنَا ،

الشفعة في العروض ، وهي لا شفعة فيها لا يخفى سقوطه لذي فهم . ابن عبد السلام ونقض طرده بأخذ أحد الشريكين مشتر كا بينهما لا ينقسم بما يقف عليه من ثمن إذا دعي أحدهما لبيعه ، قال وجوابه بأن المأخوذ هو كل المشترك لاحظ الشريك ليس بقوى . قلت قوله جبراً يمنع دخوله لأن قدرة كل منهما على الزيادة في ثمنه تمنع كون أخذه منه جبراً . الحط قوله أخذ شريك أي بجزء شائع لا بأذرع غير معينة ، ففيها خلاف ، قال الامام مالك رضي الله تعالى عنه لا شفعة ، ورجحه ابن رشد ، وافتى به ، وحكم به بأمره ، واثبتها اشهب .

ابن عرفة وفي كون حكمها تعبداً أو معللاً بما يأتي نقل ابن العربي عن إمام الحرمين ، وقول ابن رشد في اجوبته اجمع اهل العلم على أنه لأجل دفع ضرر الشريك الذي ادخله البائع ، وفيه منافاة لقوله بعد في كونها لضرر الشركة أو القسم قولا المتأخرين .

وتتعلق ببيع الشريك مشاعاً من ربع ينقسم اتفاقاً ان كان الشريك مسلماً باع شريكه المسلم لمسلم ، أو دمي أو ذمياً باع شريكه المسلم لمسلم ، بل (ولو) كان الشريك (ذمياً باع) شريكه (المسلم) شقصه كله أو بعضه (لذمي) آخر وأشار بولو الى قول ابن القاسم لا شفعة في هذه ، لأن الخصومة فيها بين ذميين فلا نحكم فيه حتى يترافعا الينا راضين بحكمنا . وشبه في ثبوت الشفعة فقال (ك) الشفعة بين شريكين ومشتر من أحدهما (ذميين) بكسر الياء الاولى جمع ذمي (تحاكموا) أي ترافعوا الينا لنحكم بينهم بحكم الاسلام فنحكم بها بينهم ، وان لم يتحاكموا الينا فلا ، وكذا ان طلب بعضهم حكمنا وأبى غيره .

« ق » فيها للامام مالك رضي الله تعالى عنه اذا كانت دار بين مسلم وذمي فباع المسلم حصته من مسلم أو ذمي فلشريكه الذمي الشفعة كما لو كان مسلماً . ابن يونس لأنه حق موضوع لازالة الضرر عن المال ، فاستوى فيه المسلم والكافر كالرد بالعيب . ابن القاسم في المجموعة اذا باع المسلم شقصه من نصراني والشفيع نصراني فلا شفعة له ، لأن الخصمين

نصرانيان ، ولو باع النصراني نصيبه من النصراني فللمسلم الشفعة أراد بلا خلاف ، قال ولو كانت بين ذميين لم أقض بينهما بالشفعة ، الا اذا تحاكما الينا .

(تنبيهات)

الاول : علم أن تخصيص الذمي الذي باع شريكه المسلم لذمي لأنه مختلف فيه .

الثاني : ظاهر كلامه ثبوت الشفعة للمسلم ولو باع شريكه الذمي لذمي بخمر أو خنزير ، وهو كذلك ، لكن اختلف أيأخذ بقيمة الشقص أو بقيمة الثمن قولان لاشهب وابن عبد الحكم .

الثالث : في أول سماع يحيى من كتاب الشفعة وسألت ابن القاسم عن النصرانيين الشريكين في الارض يبيع احدهما حظه من مسلم أو نصراني فتجب الشفعة لشريكه أيقضى له بها على المشتري مسلماً كان أو نصرانياً فقال أما على المسلم فيقضى بها للنصراني ، لأني قد كنت أقضي بها للمسلم على النصراني . وأما اذا كان الشفيع نصرانياً وكان شريكه مسلماً أو نصرانياً فاشترى نصراني نصيب شريكه النصراني أو المسلم فلا أرى أن يقضي بينهما بشيء ، لأن الطالب والمطلوب نصرانيان ، فيردان الى أهل دينهما ، لأن المطلوب يقول ليس في ديننا الحكم بالشفعة ، فلا أرى للمسلم أن يحكم بينهما الا أن يتراضيا على ذلك .

ابن رشد تحصيل القول في هذه المسألة أنه اذا كان الشفيع أو المشفوع عليه مسلماً قضى بالشفعة لكل واحد منهما على الآخر باتفاق ، لأنه حكم بين مسلم ونصراني . واختلف إذا كان الشفيع والمشفوع عليه نصرانيين والبائع مسلماً فقال في هذه الرواية لا يقضى في ذلك بها ، ويردان إلى أهل دينهما لأنهما نصرانيان . وفي الاسدية وبعض روايات المدونة يقضى بها في ذلك لكون البائع مسلما ، وقاله أشهب في المجموعة اه .

(أو) كان الشريك (محبساً) بكسر الموحدة مثقلة لنصيبه أراد أخذ نصيب شريكه (ليحبس) ه فله أخذه لبقاء شقصه المحبس على ملكه . ومفهوم ليحبس أنــه إن أراد

أخذه ليتملكه فليس له أخذه وهو كذلك . « ق » فيها للامام مالك رضي الله تعالى عنه إن حبس أحد الشريكين في دار حظه منها على رجل وولده وولد ولده فباع شريكه في الدار حظه فليس للذي حبس ولا للمحبس عليه آخذه بالشفعة إلا أن يأخذه المحبس فيجعله فيما جعل نصيبه الأول ، وشبه في الاستحقاق الأخذ بالشفعة فقال : (كسلطان) ورث شقصاً في عقار عن ميت لا وارث له أو باقياً بعد فرض أو عن مرتد ثم باع صاحب الشقص الآخر فله أخذه بالشفعة لبيت المال .

الشيخ سحنون في مرتد قتل بعد بيع شريكه في عقار ينقسم شقصه فللسلطان أخذه بالشفعة لبيت المال إن رآه مصلحة ، وحكى ابن زرب عن بعضهم أن لناظر بيت المال إذا وقعت حصة فيه من عقار بالميراث أن يأخذ بالشفعة ، قال وهو خطأ ، لأنه لا يتجر للمسلمين إنما يجمع ما يجب لهم ويحفظه . ابن رشد ليس هذا خلافاً لقول سحنون لأنه قاله بالنسبة إلى السلطان . وقول ابن زرب بالنسبة إلى صاحب المواريث لأن السلطان لم يجعل له ذلك ، فلو جعل السلطان له ذلك كان ذلك له . ابن عرفة ظاهر مسألة سحنون أن الموروث فيها الشفعة نفسها ، وظاهر مسألة ابن زرب أن الموروث إنما هو الشقص الذي تجب الشفعة به .

(لا) أخذه بالشفعة لشخص (محبس) بفتح الموحدة مشددة (عليه) شقص عقار ينقسم إن أراد أن يأخذ ليتملك ، بل (ولو) أراد أن يأخذ (ليحبس) هذا مذهب المدونة . وأشار بولو لقول مطرف وابن الماجشون له الأخذ للتحبيس . « ق » سوى ابن رشد بين المحبس والمحبس عليه ، ونصه في رسم كتب من سماع ابن القاسم إن أراد المحبس أو المحبس عليهم أن يأخذوه بالشفعة لأنفسهم لم يكن لهم ذلك ، وإن أرادوا إلحاقه بالحبس فلهم ذلك ، وعلى قياس هذا لو أراد أجنبي الأخذ بها للحبس كان له ذلك اه . « غ » قبل تخريجه في الأجنبي .

أبو الحسن الصغير وابن عرفة واعترضه القلشاني بأن المحبس والمحبس عليهم كل منهما

شريك إما في الذات وإما في المنفعة . بخلاف الأجنبي ومدار الشفعة على الشركة . البناني وهذا ظاهر . « ق » فانظر هذا مع تفريق الشيخ خليل رحمه الله تعالى بينهما . عب ما ذكره المصنف في الحبس عليه ذكر الشارح ما يفيد اعتماده لقوله أنه مذهب المدونـــة ، والقول بأنه كالحبس ضعيف . البناني قول « ز » ذكر الشارح ما يفيد اعتماده الخ ، غايتما هنالك أن المدونة ذكرت ذلك في الحبس ولم تذكره في المحبس عليه ، وإنما قاله فيـــه الأخوان وأصبغ .

ونص كلام ابن سهل وقع في المختلطة في بعض الروايات . قال الامام مالك رضي الله تعالى عنه من حبس حصته من دار على رجل وولده وولد ولده لا يباع ولا يوهب فبـــاع شريكه الذي لم يحبس نصيبه فأراد المحبس أخذه بالشفعة فليس ذلــك له ، لأنه ليس له أصل يأخذ به إلا إن أراد أخذه ليلحقه بالأول في تحبيسه فله ذلــك ، وإن أراد المحبس عليهم أخذه فليس ذلك لهم ، لأنهم لا أصل لهم ، ومثله في سماع ابن القـــاسم . وقال ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وأصبغ إن أراد المحبس عليهم إلحاقه بالحبس فلهـــم أخذه بالشفعة ، لأن الحبس هو الشريك اهـ ، فلعل المصنف فهم مـــا نقله ابن حبيب على الخلاف ، وفهمه ابن رشد على الوفاق والله أعلم .

(و) لا أخذ بالشفعة لـ (جار) لمن باع داره مثلاً إن لم يملك تطرقاً ، بـــل (وإن ملك) الجار (تطرقاً) بفتح الفوقية والطاء المهملة وضم الراء مشددة فقاف ، أي طريقاً للدار المبيعة بأن كان شريكاً فيه للبائع أو ملك طريقاً فيها فلا شفعة . الحط في كتاب الشفعة من المدونة لا شفعة بالجوار والملاصقة في سكة أو غيرها ، ولا بالشركة في الطريق ومن له طريق في دار فبيعت الدار فلا شفعة له فيها . ابن يونس لأنه إنما له حق في جوار لا في نفس الملك .

(و) لا شفعة لـ (ناظر وقف) في شقص مملوك لشريك الواقف باعه مالكه . « غ » بهذا قطع في التوضيح أن ليس لناظر وقف المسجد أن يأخذ بالشفعة ، وزاد في الشامل على الأصح ، ولم أدر من أين نقله ، وليس يدخل ذلك في قول ابن رشد لو أراد أجنبي أن

يأخذ بالشفعة للحبس كان ذلك له قياساً على المحبس والمحبس عليهم ، وقبل هذا الإلزام أبو الحسن الصغير وابن عرفة . الحط لا إشكال في أنه لا شفعة له على ما مشى المصنف عليه من أن المحبس عليه ليس له شفعة ولو ليحبس ، وقد يؤخذ هذا من قول أبي الحسن عند قولها المحبس عليهم ليس لهم الأخذ بالشفعة .

ابن سهل استدل به على أن صاحب المواريث لا يشفع لبيت المال والمساجد والله أعلم . البناني لعل مقابل الأصح في كـــلام الشامل هو تخريج ابن رشد المتقدم في الأجنبي ، إذ ناظر الوقف أخص منه ، وذلـــك واضح والله أعلم . من قول « ق » الذي لابن رشد أن الأجنبي إذا أراد الأخذ بها للتحبيس فذلك له قياساً على المحبس والمحبس عليه اهـ . وقول « غ » وليس يدخل ذلك في قول ابن رشد الخ غير ظاهر والله أعلم .

(أو) أي ولا شفعة لشريك في (كراء) فإن اكترى شخصان داراً مثلاً ثم أكرى أحدهما نصيبه من منفعتها فلا شفعة فيه لشريكه على أحد قولي الإمام مالك رضي الله تعالى عنه ، وله الشفعة فيه على قوله الآخر . « ق » فيها لابن القاسم إن اكترى رجلان داراً بينهما فلأحدهما أن يكرى حصته منها . مالك رضي الله تعالى عنه لا شفعة فيـــه لشريكه . ابن ناجي ما ذكره من أن لأحدهما أن يكري حصته لا خلاف فيه ، ومـــا ذكره من عدم الشفعة هو المشهور . وقال أشهب وابن المواز له الشفعة .

ابن الحاجب وفي الثمار والكتابة (١) وإجارة(٢) الأرض للزرع قولان ، الموضح لم يرد خصوصية إجارة الأرض للزرع ، بل كل كراء ، والقولان لمالك رضي الله تعالى عنـــه ، ومذهب ابن القاسم في المدونة سقوطها وهو قول عبد الملك ومطرف والمغيرة ، وبوجوبها

(١) (قوله والكتابة) أي المشتركة إذا باع أحد الشريكين نصيبـــه منها ، ففي استشفاع شريكه وعدمها .

(٢) (قوله وإجارة) أي منفعة الأرض المملوكة بالإجـــارة المشتركة إذا أكرى أحدهما نصيبه منها ففي استشفاع شريكه وعدمه .

وَفِي نَاظِرِ ٱلْمِيرَاثِ ، قَوْلَانِ مِمَّنْ تَجَدَّدَ مِلْكُهُ اللاَّزِمُ ٱخْتِيَاراً بِمُعَاوَضَةٍ ،

قال مطرف وأصبغ وأشهب . واختلف أيضاً في المساقاة كالكراء ، والأقرب سقوطها في هذه الفروع ، لأن الضرر فيها لا يساوي الضرر في العقار الذي ورث الشفعة فيه ا هـ ، وأصله لابن عبد السلام .

(وفي) ثبوت الشفعة ا (ناظر الميراث) أي من ولاه الإمام على النظر في تركة من لا وارث له أو باقيها بعد الفرض وعدمه (قولان) لم يطلع المصنف رحمه الله تعالى على أرجحية أحدهما ، الأول للمغيرة ، والثاني لابن زرب . ابن رشد محلهما إذا لم يجعل السلطان له ذلك فإن جعله له فهو بمنزلته ، وصلة أخذ (ممن) أي شخص أو الشخص الذي (تجدد) أي حدث وطرأ (ملكه) على الشفيع ، فإن اشترى اثنان أو أكثر داراً مثلاً فلا شفعة لأحدهم على غيره (اللازم) فلا شفعة في مبيع بخيار قبل بت بيعه ولا لمحجور قبل إمضاء وليه (اختياراً) فلا شفعة في موروث لشريك المورث . « ق » ابن شاس من أركان الشفعة المأخوذ منه وهو كل من تجدد ملكه اللازم باختيار ، احترز بالتجدد عن رجلين اشتريا داراً معاً فلا شفعة لأحدهما على الآخر ، واحترز باللازم عن المشتري بخيار ففيها مع غيرها لا شفعة في بيع الخيار إلا بعد بته ، وصلة تجدد (بمعاوضة) فلا شفعة في موهوب أو متصدق به على الأصح عند ابن يونس وغيره .

ابن عرفة لا شفعة فيما حدث ملكه بهبة لا لثواب ولا في صدقة ، ونقل غير واحد الإتفاق على نفي الشفعه في الميراث . ابن شاس وتثبت الشفعة فيما وراء ذلك من وجوه المعاوضات بأي نوع كان من التمليكات كمهر وخلع وبيع وإجارة وصلح عن أرش جناية وقيمة متلف أو دم عمداً أو خطأ أو غيرها من المعاوضات ، وفيها لمالك رضي الله تعالى عنه ولا شفعة في هبة الثواب إلا بعد قبول العوض ، قيل فلم أجاز مالك رضي الله تعالى عنه الهبة لغير ثواب مسمى . قال لأنه على وجه التفويض في النكاح ، وفي القياس لا ينبغي أن يجوز ، ولكن قد أجازه الناس إن كان ما تجدد ملكه اللازم اختياراً بمعاوضة غير موصى ببيعه لمساكين .

وَلَوْ مُوصىً بِبَيْعِهِ لِلْمَساكِينِ عَلَى الأَصَحِّ وَالْمُخْتارِ ، لَا مُوصىً لَهُ بِبَيْعِ جُزْءٍ عَقاراً ،

بل (ولو) كان (موصى) بضم الميم وفتح الصاد المهملة (ببيعه) أي الشقص (لمساكين) بأن أوصى لهم بثلث ماله وفيه عقار فباعه وصيه لتنفيذ وصيته وتفرقة ثمنه عليهم ففيه الشفعة لورثته (على الأصح) عند ابن الهندي (والمختار) عند اللخمي . وأشار بالمبالغة لقول سحنون لا شفعة فيه لأن بيعه كبيع الميت . « ق » الباجي لو أوصى الميت بالثلث فباع السلطان ثلث داره فلا شفعة فيه للورثة ، إذا كان الميت باع قاله سحنون . والأظهر عندي في هذه المسألة ثبوت الشفعة ، لأن الموصى لهم وإن كانوا غير معنيين فهم اشراك بائعون بعد ملك الورثة بقية الدار ، وقد بلغني ذلك عن ابن المواز . اللخمي إذا أوصى الميت أن يباع نصيب من داره من رجل بعينه والثلث يحمله لم يكن للورثة فيه شفعة ، لأن قصد الميت أن يملكه إياه فالشفعة رد لوصيته ، وجعل سحنون الجواب إذا أوصى ببيع نصيب ليصرف ثمنه في المساكين كذلك أن لا شفعة فيه للورثة . قال إذا كان الميت باعه والقياس أن يستشفع ، لأن الميت أخر البيع لبعد الموت ولو قت لم يقع البيع فيه إلا بعد الشركة .

(لا) شفعة للورثة في شقص من دار مثلاً بيع لشخص معين (موصى له) ممن مات (ببيع جزء) معلوم كثلث داره ، لأنها تبطل الوصية ، ولو كان للميت شريك في تلك الدار لتثبت له الشفعة في ذلك الجزء صرح به الشارح في كبيره قاله الحط ، ومفعول أخذ المضاف لفاعله قوله (عقاراً) أي جزءاً من دار أو أرض وما اتصل بها من بناء أو شجر فلا شفعة في غير العقار من عرض وحيوان . « ق » ابن عرفة تتعلق الشفعة ببيع الشريك مشاعاً من ربع ينقسم اتفاقاً ولا تتعلق بعرض ، وفيها لمالك رضي الله تعالى عنه من كان بينه وبين رجل عرض لا ينقسم فأراد بيع حصته قيل لشريكه بع معه أو خذ بما يعطى ، فإن رضي وباع أو أخذ بما يعطي فواضح ، وإن أبى وباع شريكه حصة مشاعة فلا شفعة لشريكه .

وَلَوْ مُنَاقَلاً بِهِ ، إنِ انْقَسَمَ ، وفِيها الإطْلاقُ ،

ابن سهل مذهب الإمام مالك رضي الله تعالى عنه أن ما لا ينقسم من عروض وغيرها إلا بضرر يباع ويقتسم الشركاء ثمنه ، ومن أراد منهم أخذه بما بلغه فله ذلك ، فإن تشاجروا فيه* تزايدوا فيه حتى يقف على أحدهم فيأخذه ويؤدي اليهم انصباءهم مما أخذه به ، وللشريك أخذ الشقص بالشفعة إن بيع بعين أو عرض أو حيوان ، بل (ولو) كان (مناقلاً) بضم الميم وفتح القاف (به) أي العقار أي مبيعاً بعقار . ابن عرفة المناقلة بيع الشقص بعقار .

ابن رشد إن باع الرجل شقصه من شريكه أو من أجنبي بأصل أو بشقص من أصل له فيه شرك أو لا شرك له فيه فمذهب ابن القاسم رحمه الله تعالى وروايته عن الإمام مالك رضي الله تعالى عنه أن في ذلك كله الشفعة ، وهو الصحيح . تت ظاهر كلام المصنف سواء علم أن المراد المناقلة لا المبايعة أم لا ، كان المناقل معه شريكاً له في هذه الدار أولا ، دفع مع ما ناقل به نقداً أو لا ، ولمالك رضي الله تعالى عنه أيضاً إذا قصد غير البيع فلا شفعة ، وله أيضاً إذا كان المتناقلان شريكين في الدار وترك أحدهما حصته في دار ليأخذ حصة الآخر فلا شفعة ، وإن كانا غير شريكين فالشفعة ، وشهره ابن غلاب .

(إن انقسم) أي قبل العقار القسمة فلا شفعة فيما لا يقبلها كالحمام والطاحون والمعصرة والحبسة والحانوت الصغير . ابن عبد السلام في المدونة ما يدل له . ابن رشد الشفعة إنما تكون فيما ينقسم من الأصول دون ما لا ينقسم ، وهذا أمر اختلف فيه أصحاب الإمام مالك رضي الله تعالى عنه في المدونة . قال الإمام مالك رضي الله تعالى عنه إذا كانت نخلة بين رجلين فباع أحدهما حصته منها فلا شفعة لصاحبه فيها (وفيها) أي المدونة أيضاً (الإطلاق) للعقار الذي فيه الشفعة عن تقييده بقبوله القسمة .

« ق » فيها للامام مالك رضي الله تعالى عنه في الحمام الشفعة وهو أحق أن تكون فيه الشفعة من الأرضين لما في قسم ذلك من الضرر ، وقاله الإمام مالك وأصحابه أجمع رضي الله تعالى عنهم . ابن الماجشون أبى الإمام مالك من الشفعة في الحمام من قبل أنه لا

ينقسم ، وأنا أرى فيه الشفعة . البناني في المقدمات أن القولين في الشفعة فيما لا يقسم بناء على أن العلة دفع ضرر الشركة أو ضرر القسمة ونحوه لابن عرفة وابن الحاجب ، فعلى أن العلة دفع ضرر القسمة لا شفعة فيما لا ينقسم ، لأنه لا يجاب لقسمته من طلبها ، حتى يلزم ضرر الشريك بها ، وعلى أنها دفع ضرر الشركة تجب الشفعة مطلقاً إذ ضرر الشركة حاصلة فيما ينقسم وما لا ينقسم . وفي الذخيرة أن تقييد الشفعة بما ينقسم هو المشهور ، وأن صاحب المعين ذكر أن به القضاء وهو قول ابن القاسم .

(وعمل) بضم فكسر أي حكم (به) أي الإطلاق صاحب المعين وبه القضاء . ابن حارث وهو جار بقرطبة ، وافتى به فقهاؤها أفاده تت . ابن عرفة ابن حارث أخبرني من أثق به أن العمل عند أهل الشورى بقرطبة على الشفعة في الحمام . طفي تبع تت الشارح في عزوه لصاحب المعين وهو سهو. قال في المعين إذا كان من شأنه لا ينقسم ولا تتهيأ فيه الحدود فلا شفعة فيه كالحمامات والارحاء ، وهو قول ابن القاسم ، وبه القضاء ، فأنت تراه قال أن القضاء بعدم الشفعة ، وهكذا عزاه في توضيحه ، وصلة أخذ (بمثل) بكسر فسكون (الثمن) الذي اشترى الشقص به إن كان مثلياً نقداً كان أو غيره إن دفعه المشتري من ماله للبائع حين شرائه ، بل (ولو) كان الثمن المثلي (ديناً) على بائع الشقص لمشتريه فدفع له الشقص عوضاً عنه فيأخذ الشفيع بمثله إن وجد وإلا فبقيمته ، قاله الإمام مالك رضي الله تعالى عنه فيمن اشترى بعنبر فلم يوجد مثله .

« ق » فيها مع غيرها ما اشتري بعين أو مثلي فالشفعة فيه بمثل ثمنه ، ومن ابتاع شقصاً بثمن إلى أجل فللشفيع أن يأخذه بالثمن إلى ذلك الأجل إن كان ملياً أو أتى بضامن ثقة ملىء . ابن القاسم وإن قال البائع للمبتاع أنا أرضى أن يكون مالي على الشفيع إلى الأجل لم يجز لأنه فسخ ما لم يحل من دينه في دين على رجل آخر . عبد الملك إن كان إنما اشترى الشقص بدين له على البائع الى سنة فلا يأخذ الشفيع إلا بقيمة الدين عرضا يدفعه الآن ، لأن الدين عرض من العروض ، وكذلك إن لم يقم الشفيع حتى حل الأجل .

أَوْ قِيمَتِهِ بِرَهْنِهِ وَضَامِنِهِ ، وَأُجْرَةِ دَلَّالٍ ، وَعَقْدِ شِرَاءٍ ، وَفِي الْمَكْسِ : تَرَدُّدٌ ، أَوْ قِيمَةِ الشِّقْصِ فِي : كَخُلْعٍ ،

(أو) بـ (قيمته) أي الثمن إن كان مقوماً كعبد أو فرس أو عقار ، فيها ما اشترى بعبد شفع فيه بقيمته ، وما اشترى بعرض فإنما ينظر لقيمته يوم الصفقة (و) إن اشترى بثمن مؤجل مع رهن أو ضامن أخذه الشفيع (بـ) مثله مع مثل (رهنه وضامنه) ولو كان الشفيع أملأ من المشتري تحقيقا للتماثل . « ق » أشهب إن اشترى بثمن مؤجل بحميل أو رهن فقام الشفيع وهو املأ منه فإن لم يجد حميلا أو رهنا مثله فلا شفعة له ، ولو جاء برهن لا شك أن فيه وفاء فلا يقبل منه الا مثل الأول ، ولو كان برهن وحميل فجاء برهن ولم يقدر على حميل فلا شفعة له .

(و) يأخذ بمثل (أجرة دلال و) أجرة كاتب (عقد) بفتح فسكون اي وثيقة (شراء) « ق » المتيطي وعلى الشفيع اجرة الدلال واجرة كاتب الوثيقة وثمن ما كتب به يغرم ذلك كله المبتاع ، لأنه بذلك وصل الى الابتياع ، فإن كان المبتاع أدى من الأجرة أكثر من المعهود بين الناس فلا يلزم الشفيع سوى المعهود ، بهذا افتى الإمام ابن عتاب والإمام ابن مالك والإمام ابن القطان . ابن سهل ولم أعلم لهم مخالفا وهو الحق ان شاء الله تعالى .

(وفي) لزوم مثل (المكس) للشفيع وهو ما يؤخذ ظلماً لأنه مال مدخول عليه ولم يتوصل المشتري للشقص إلا به ، كأجرة الدلال وعدم لزومه لكونه ظلمـــاً (تردد) للمتأخرين في الحكم لعدم نص المتقدمين عليه . «ق» ابن يونس انظر لو غرم المشتري على الشقص غرماً هل يغرمه له الشفيع وقد اختلف فيمن اشترى شيئاً من أيدي اللصوص هل يأخذ ربه بغرم أو بغير غرم (أو) بـ (قيمة الشقص) المشفوع فيه الذي أخـذه الزوج (في كخلع) والزوجة في مهر ، إذ المال المخالع به والمال المتزوج بـه لا حد لهما ، فرب كارهة زوجها تدفع له في الخلع كثيراً له ورب راغب في زوجة يدفع لهـــا أضعاف مهر مثلها ، فالرجوع لقيمة الشقص أعدل ، ولا يشفع بصداق المثل وإن استقر بـه ابن عبد السلام .

وَصُلْحِ عَمْدٍ، وَبِجِزَافِ نَقْدٍ، وَبِمَا يَخُصُّهُ، إِنْ صَاحَبَ غَيْرَهُ وَلَزِمَ الْمُشْتَرِيَ الْبَاقِي

(و) بقيمة الشقص المدفوع في (صلح) جناية (عمد) لأن الواجب فيه القود ولا قيمة له . ومفهوم عمد أن المدفوع في صلح جناية خطأ يؤخذ بمثل ديتها إن كانت مثلية ، وبقيمتها إن كانت مقومة ، وهو كذلك . «ق» . فيها لابن القاسم من نكح أو خالع أو صالح عن دم عمد على شقص ففيه الشفعة بقيمته يوم العقد، إذ لا ثمن معلوم لعوضه ، يريد ولا يجوز الاستشفاع إلا بعد معرفة قيمته . ابن القاسم إن أخذ الشقص عن دم خطأ ففيه الشفعة بالدية ، فان كانت العاقلة أهل إبل أخذه بقيمتها ، وإن كانت أهل ذهب أخذه بذهب ينجم على الشفيع كتنجيمه على العاقلة .

(و) بقيمة الشقص يوم شرائه بـ (جزاف نقد) «ق» ابن عبد السلام في شرح قول ابن الحاجب ودراهم جزافاً في صحة فرض هـــذه المسألة على المذهب نظر ، لأن الدنانير والدراهم لا يجوز بيعها جزافاً ، وإنما تبع ابن الحاجب فيه الشافعية ، وفي الموازية إن اشتراه بحلي جزاف شفع بقيمته ، وكذا السبائك والطعام المصبر ، فان كان الحلي ذهباً قوم بفضة ، وإن كان فضة قوم بذهب وتعتبر قيمته يوم الشراء به ابن عبد السلام لا يقال يحمل كلام ابن الحاجب على ما يتعامل به وزنا من الدنانير والدراهم لجواز بيعها جزافا ، لأنا نقول إذا حمل على هذا فالشفعة بقيمته كالطعام المصبر لا بقيمة الشقص وفرض كلام ابن الحاجب في الشفعة بقيمة الشقص ، والله أعلم .

(و) أخذ الشفيع الشقص المبيع مع غيره في صفقة (بما) أي القدر الذي (يخصه) أي الشقص من الثمن (ان صاحب) الشقص (غيره) في البيع بعد تقويمها ، وقسم الثمن على قيمتيهما . «ق» فيها للامام مالك «رض» من ابتاع شقصا من دار وعرضا في صفقة واحدة بثمن فالشفعة في الشقص خاصة بحصته من الثمن بقيمته من قيمـــة العرض يوم الصفقة ، تغيرت الدار لسكناه أم لم تتغير (ولزم المشتري الباقي) المصاحب للشقص في الصفقة بما يخصه من الثمن . «ق» فيها للامام مالك «رض» وليس للشفيع أخذ العرض ولا

وإلى أجلِهِ إنْ أيسَرَ أو ضَمِنَهُ مَلِيءٌ ، وإلاّ عُجِّلَ الثَّمَنُ ، إلاّ أنْ يَتَسَاوَيَا عُدْماً عَلَى ٱلْمُخْتارِ ، ولاَ يَجُوزُ إحالَةُ ٱلبائِعِ بِــهِ ،

ذلك عليه إن أباه . ابن يونس على قول من يرى الشفعة كالاستحقاق ، فان كانت قيمة الشقص اجل فللمبتاع رد العرض على البائع ، لأنه استحق جل صفقته ، وعلى قولهم أنه كبيع مبتدأ فلا رد له بحال .

(و) إذا بيع الشقص بثمن مؤجل بأجل معلوم فيأخذه الشفيع بمثل ثمنه مؤجلا (إلى أجله) أي ثمن الشقص (إن أيسر) الشفيع بمثل الثمن (أو) لم يوسر به و (ضمنه) أي الشفيع ضامن ثقة (مليء) بفتح الميم وكسر اللام وشد التحتية ، وفهم من قوله إلى أجله أن الشفيع لو لم يقم حتى مضى الأجل وطلب تأخيره إلى أجل كالأول فانه لايجاب لذلك ، وهو كذلك عند الإمام مالك «رض» وأصبغ وغيرهما، إذ الأول ضرب لهامعاً . ولمطرف من وافقه يضرب له أجل كالأول ، وصوبه ابن يونس وابن رشد ، وفيها إذا كان الثمن لأجل فللشفيع أخذه بالثمن إلى ذلك الأجل إن كان مليــا أو أتى بضامن (وإلا) أي وإن لم يكن الشفيع ملياً ولم يأت بضامن مليء (عجل) بفتحات مثقلاالشفيع (الثمن) للمشفوع منه فيها إن عجل الشفيع الثمن المبتاع فليس عليه أن يعجله للبائع ، وليس للبائع أن يمنعه من قبضه ، وإن لم يعجله سقطت شفعته في كل حــال (إلا أن يتساويا) أي المشتري والشفيع (عدماً) بضم فسكون أي فقراً ، فلا تسقط شفعته (على المختار) للخمي من الخلاف .

اللخمي اختلف إذا كــان المشتري والشفيع فقيرين وهو مثل الأول في الفقر ، وأن الشفعة له أحسن لأنه موسر بملك النصف الذي يشفع به . ومفهوم يتساويا إن كان الشفيع أشد فقراً سقطت شفعته اتفاقاً ، وهو كذلك ، قاله ابن رشد .

(ولا تجوز إحالة البائع) من اضافة المصدر لمفعوله بعد حذف فاعله ، والأصل إحالة المشتري البائع (بــه) أي الثمن على الشفيع لأنه فسخ دين في دين . ابن يونس ان قال البائع أنا أرضى أن يبقى مالي على الشفيع فلا يجوز لأنه فسخ دين علي رجل في دين على

كَأَنْ أَخذَ مِنْ أَجْنَبِيٍّ مَالاً لِيَأْخُذَ وَيَرْبَحَ ، ثُمَّ لَا يَأْخُذَ لَهُ ، أو بَاعَ قَبْلَ أَخْذِهِ ،

آخر . وشبه في المنع فقال (كأن) بفتح الهمز وسكون النون حرف مصدري مقرون بكاف التشبيه صلته (أخذ) مستحق الشفعة (من) شخص (أجنبي) أي غير مستحق للشفعة (مالاً ليأخذ) الشفيع بالشفعة ويبيع ما يأخذه لمن دفع لـــه المال (ويربح) الشفيع ما أخذه من الاجنبي مع أخذه منه الثمن بكماله (ثم) إذا وقــع ذلك سقطت شفعته فـ (لا أخذ له) بعد ذلك . ويحتمل أن المعنى أنه يأخذ من الأجنبي مالا على أن ياخذ بالشفعة لنفسه ، وليس غرض الأجنبي في دفـــع المال للشفيع إلا ضرر المشتري، ويربح الشفيع المال . وعبارة المدونة محتملة لهما أيضا أفاده «ق» . فيهــا للامام مالك رضي الله تعالى عنه ومن وجبت له شفعة فاتاه أجنبي فقال خذها بشفعتك ولك مائــة دينار وأربحك فيها فلا يجوز . ويرد ان وقع ، ولا يجوز لـــه أن يأخذ بشفعته لغيره اهـ .

وسمع القرينان من باع حظه وشريكه مفلس فقال له رجل اشفــع وأربحك فأخــذ وأربحه ،فان علم ذلك ببينة لا بإقرار الشفيع رد الشقص لمبتاعه. ابن سهل فإن أراد الشفيع الأخذ لنفسه بعد فسخ أخذه لغيره لم يكن له ذلك . طفي الاحتمال الأول هو المنصوص عليه في سماع القرينين ، وعليه يترتب قوله ثم لا اخذ له ، إذ هو مفروض في ذلك في كلام ابن سهل . والاحتمال الثاني يحتاج للتنصيص عليــه وإن كانت المدونة محتملة له ، ويحتاج للتنصيص على أنه لا اخذ له فيه اهـ . المسناوي الظاهر في هذه الصورة أنه لا تسقط شفعته فلا يأتي فيه قوله ثم لا أخذ له .

وعطف على أخذ فقال (أو باع) الشفيع الشقص لأجنبي (قبل أخذه) بالشفعة فقد سقطت شفعته فلا يأخذ بها بعد بيعه . «ق» فيها للامام مالك «رض» لا يجوز بيعه الشقص قبل أخذه إياه بالشفعة ، لأنه من بيع ما ليس عندك ، وهذا بخلاف تسليمها للمشتري على مال يأخذ منه فذلك له جائز ،لأنه لم يبع منه شقصاً إنما باع منه حقاً وجب له. ابن يونس

بِخِلَافِ أَخْذِ مَالٍ بَعْدَهُ لِيُسْقِطَ كَشَجَرٍ وَبِنَاءٍ بِأَرْضِ حُبُسٍ ، أَوْ مُعِيرٍ ،

من باع شقصه الذي يشفع به قبل أن يشفع فلا شفعة له إن كان قد علم ببيع شريكه وإلا فله الشفعة .

(بخلاف أخذ) الشفيع مالاً من المشتري لاسقاط شفعته بـ (بمال بعده) أي الشراء (ليسقط) بضم التحتية وكسر القاف الشفيع شفعته فتجوز تسقط شفعته به ، ومفهوم بعده أنه لا يجوز أخذه ما لا قبله وإن وقع فلا تسقط شفعته.«ق» فيها للام مالك«رض» وإذا أسلم الشفيع الشفعة بعد الشراء على مال أخذه جاز ، وإن كان قبل الشراء أبطل ورد المال وكان على شفعته . وشبه بالعقار في استحقاق أخذه بالشفعة ممن تجدد ملكه اللازم اختياراً بمعاوضة فقال (ك) شقص (شجر) مشترك بأرض حبس أو معارة للشركاء الغارسين بها ، فاذا باع أحد الشركاء نصيبه منه فلشريكه أخذه بالشفعة (و) كـ (بناء) مشترك (بأرض حبس أو) بأرض شخص (معير) باع أحد الشركاء فيه نصيبه منه فلشريكه أخذه بها .

«ق» فيها للامام مالك «رض» الشفعة فيما لم يقسم بين الشركاء من الدور والأرضين والنخل والشجر ، وما يتصل بذلك من بناء أو ثمر ، وإذا بنى قوم في أرض حبست عليهم ثم مات أحدهم فأراد بعض ورثته بيع نصيبه من البناء فلأخوته الشفعة فيه ، استحسنه الإمام مالك «رض» . وقال ما سمعت فيه بشيء تت ، هذه إحدى مسائل الاستحسان الأربع التي استحسنها الإمام مالك «رض» ولم يسبقه أحد اليها . والثانية الشفعة في الثمار. والثالثة القصاص بشاهد ويمين ، والرابعة جعل دية أنملة الإبهام خمساً من الإبل ونظمها بعضهم فقال :

وما استحسن المتبوع إن عد أربع فالاثنان منها صاحب الوتر يشفع
بناء وثمر والقصاص بشاهد وانملة الإبهام للخمس تربع

ونظمها «غ» فقال :

وقال مالك بالاختيار في شفعة الانقاض والثمار

وَقُدِّمَ ٱلْمُعِيرُ بِنَقْضِهِ ، أَوْ ثَمَنِهِ ، إِنْ مَضَى مَا يُعَارُ لَهُ ، وَإِلاَّ فَقَائِماً

والجرح مثل المال في الأحكام والحس في انملة الإبهام

«ج» فان قلت بقيت خامسة ذكرها في المدونة ، وهي إذا هلكت المرأة ولها ولد يتيم لا وصي له فأوصت بالولد والمال إلى رجل فلا يجوز إلا إذا كان المال يسيراً لحو ستين ديناراً فلا ينزع من الوصي استحسنه مالك «رض» . وقد عدها ابن ناجي خمساً في شرح الرسالة فذكر هذه ، فالجواب أن الذي في التوضيح وغيره أن مالكاً لم يقل بالاستحسان إلا في الأربع ولم يعدوا منها هذه . أبو الحسن المسائل التي لم يسبق اليها الإمام مالك رضي الله تعالى عنه أربع فلعل هذه الخامسة سبقه اليها غيره . «ج» نظمتها تبعاً لابن ناجي ، فقلت :

وفي وصي الأم باليسير منها ولا ولي للصغير

طفى حصرها في هذه الأربعة باعتبار أنه لم يسبق اليها ولا سلف له فيها ، كما يؤخذ من كلامه رضي الله تعالى عنه ، فلا ينافي أن له استحساناً كثيراً ، حتى قال المتيطي الاستحسان في العلم أغلب من القياس ، وقال الامام «رض» أنه تسعة أعشار العلم . ابن خويز منداد عليه عول الإمام مالك «رض» ، وبنى عليه أبوابا ومسائل إلا أن غير هذه الأربعة والمتفق استحسانه فيه قولاً لغيره ، وإذا تصفحت مسائل المذهب ظهر لك ذلك ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

(و) إن أعار شخص أرضه لقوم يبنون او يغرسون فيها ففعلوا ثم باع أحدهم حظه من البناء أو الشجر (قدم) بضم فكسر مثقلاً الشخص (المعير) على شركاء البائع في أخذ الحظ المبيع (بـ) قيمة (نقضه) بضم النون وإعجام الضاد» أى البناء او الشجر منقوضا (أو بثمنه) الذي بيع به فالخيار له عند ابن الحاجب ، وحكاهما عياض وغيره تأويلين للمدونة (إن) كان قد (مضى زمن) هو (ما) أي الزمن الذي (تمـار) بضم الفوقية الأرض (له وإلا) أي وإن لم يمض ما تمار له (فـ) يقدم المعير في أخذه بقيمته حال كونه (قائماً) أو ثمنه . تت هذا في الإعارة المطلقة كما يفيده قوله زمن ما تمار له . وأما المقيدة بزمن معلوم ولم ينقض،فقال ابن رشد إن باع أحدهم حظه قبل انقضاء أمد الإعارة

على البقاء فلشريكه الشفعة ، ولا مقال لرب الأرض إن باعه على البقاء ، وإن باعه على النقض قدم رب الأرض .

«ق» فيها للامام مالك «رض» إذا بنى رجلان في عرصة رجل بإذنه ثم باع أحدهما حصته من النقض فلرب الأرض أخذه بالأقل من قيمته مقلوعاً أو من الثمن الذي باعه به ، فان أبى فلشريكه الشفعة للضرر ، إذ هو أصل الشفعة . «غ» عياض لم يختلف أن رب العرصة مقدم في الأخذ على الشفيع ، لكن ليس للشفعة ، بل لرفع الضرر . أبو الحسن ظاهرها أن على المعير قيمة البناء مقلوعاً ، سواء مضى زمن تعار تلك الأرض إلى مثله أم لا ، لكن قيدها أبو عمران بما إذا مضى زمن تعار فيه وإلا فله قيمة بنائه قائماً ، وقال هكذا وقع لسحنون .

أبو الحسن وهو مشكل لأنه قد أسقط حقه في بقية المدة لما أراد الخروج فكان مثل مضى ما تعار الى مثله ، وقد قال الامام مالك رضي الله تعالى عنه فيها ، ومن بنى في عرصة رجل باذنه ثم أراد الخروج منها فلرب العرصة ان يدفع له قيمة النقض ، أو يأمره بقلعه .

وعطف على المشبه في استحقاق أخذه بالشفعة مشبهاً آخر فيه فقال معيداً لكاف التشبيه للايضاح (وكثمرة) مشتركة باع أحد الشريكين فيها نصيبه منها فلشريكه الأخذ بالشفعة . «ق» فيها اذا كان بين قوم ثمر في شجر قد أزهى فباع أحدهم حصته منه قبل قسمته والأصل لهم أو بأيديهم في مساقاة أو حبس فاستحسن الامام مالك رضي الله تعالى عنه لشركائه فيه الشفعة ، ما لم تيبس قبل قيام الشفيع ، أو تبع وهي يابسة وقال ما علمت ان أحداً قاله قبلي ، ورواه عبد الملك ولم يأخذ به .

ابن يونس وجه قول عبد الملك الحديث في المقدمات لا فرق في وجوب الشفعة في الثمرة عند من أوجبها فيها ، وهو الامام مالك «رض» في المدونة بين أن تباع دون أصلها بعد زهوها أو مع الأصل بعده أو قبله بعد إبارها على مذهب ابن القاسم . وأما إن بيعت قبل إبارها فلا شفعة فيها ، إذ لم يقع عليها حصة من الثمن ، وإنما يأخذها على مذهب ابن القاسم

وَمَقْثَأَة، وَبَاذَنْجَانٍ، وَلَوْ مُفْرَدَةً، إِلاَّ أَنْ تَيْبَسَ، وَحُطَّ حِصَّتُهَا إِنْ أَزْهَتْ أَوْ أَبَّرَتْ،

ما لم تجذ أو تيبس من جهة الاستحقاق لا من جهة الاستشفاع.

(و) كـ (مقثأة) مشتركة (وباذنجان) وقرع وقطن، الباجي وكل ما له أصل تجنى ثمرته مع بقاء أصله، كذا فاذا باع أحد الشركاء في شيء مما ذكر نصيبه منه ففيه الشفعة لشريكه فيه. «ق» الباجي اذا قلنا بثبوت الشفعة في ثمرة النخل فقد روى ابن القاسم عن الامالك «رض» في الموازية الشفعة في العنب. ابن القاسم والمقاثيء عندي فيها الشفعة لأنها ثمرة ولا شفعة في البقول. وجه ذلك ان ماله أصل ثابت تجنى ثمرته مع بقائه فالشفعة فيه كالشجر، وما لم يكن كذلك وإنما هو نبت لا تجنى ثمرتة مع بقائه فلا شفعة فيه، لأنه ليس بأصل ثابت. أصل ذلك ما ينقل ويحول.

وقد روى ابن القاسم في العتبية وغيرها لا شفعة في الزرع لانه لا يحل بيعه حتى ييبس وتثبت في الثمرة، إن بيعت مع أصلها بعد زهوها أو قبله، بل (ولو) بيعت بعد زهوها حال كونها (مفردة) عن أصلها شمل بيعها الأصل ثم بيع أحدهما حظه من الثمرة وبقاء الأصل، وبيع أحدهما نصيبه منها وبيع أحدهما نصيبه منها بعد شرائها إياها وحدها. وأشار بولو إلى قول أصبغ إن بيعت مفردة فلا شفعة فيها، واستثنى من الثمرة فقال (إلا أن تيبس) الثمرة فلا شفعة فيها، وشمل كلامه مسألتين بيعها قبل يبسها وقيام الشفيع بعده وبيعها يابسة وهما لمالك فيها «رض» ابن رشد المراد بيبسها حصول وقت جذاذها للتيبيس إن كانت تيبس أو إلا إن كانت لا تيبس. ابن عرفة ظاهر الروايات في غير هذا الموضع أن يبسها ارتفاع منفعتها ببقائها في أصلها لا حضور وقت قطافها، فقد يحضر ويكون لبقائها زيادة منفعة كالعنب والرمان عندنا.

(و) إذا بيع الأصل مع ثمرته ويبست قبل أخذ الشفيع بالشفعة وقلنا إلا يأخذها بها وأخذ الأصل وحده بها (حط) بضم الحاء المهملة وشد الطاء المهملة، أي أسقط عن الشفيع (حصتها) أي الثمرة من ثمنها مع أصلها (إن) كانت (أزهت أو أبرت) بضم

وَفِيها : أَخْذُها : مَا لَمْ تَيْبَسْ أو تُجذَّ ، وهَلْ هُوَ خِلَافٌ ؟ تَأْوِيلَانِ

الهمز وكسر الموحدة مشددة يوم شرائها مع أصلها لأن لها حصة من الثمن « ح » ومفهوم الشرط عدم الحط إن لم تؤبر يومه ، وهو كذلك « ق » فيها لابن القاسم رحمه الله تعالى إذا ابتاع النخل والثمرة مأبورة أو مزهية واشترطها المبتاع ثم استحق رجل نصفها فله نصف النخل ونصف الثمرة باستحقاقه ، وإن شاء المستحق الشفعة في النصف الباقي فذلك له ، وله أخذ الثمرة بالشفعة مع الأصل ما لم تجد حينئذ فيأخذ الأصل بشفعته بحصته من الثمن بقيمته من مجموع قيمته قيمة مع الثمرة يوم الصفقة ، لأنها وقع لها حصة من الثمن .

(وفيها) أي المدونة أيضاً (أخذها) أي الثمرة بالشفعة (ما لم تيبس أو تجذ و) اختلف (هل هو) أي ما في الموضعين (خلاف) فمرة قال ما لم تيبس ومرة قال ما لم تيبس أو تجذ ، أو وفاق ، والأول إذا اشتراها مفردة فالشفعة ما لم تيبس ، فان جذت قبل يبسها ففيها الشفعة ، والثاني إذا اشتراها مع أصلها فالشفعة فيها ما لم تيبس أو تجذ . فان جذت قبل يبسها فلا شفعة فيها في الجواب (تأويلان) .

« غ » الاظهر أن يكون معناه في موضع منها أخذها ما لم تيبس ، وفي موضع آخر منها ما لم تجذ وكذا هو في الأمهات ، فقال عياض قال بعضهم فرق بين ما إذا اشتراها مع الاصل فقال يأخذها ما لم تجذ ، واذا اشتراها وحدها قال الشفعة فيها ما لم تيبس ، وعلى هذا تأول مذهبه في الكتاب . وقال آخرون هو اختلاف من قوله في الوجهين ، فمرة منا ما لم تجذ . وكذا هو في الأمهات ، فقال عياض قال بعضهم فرق بين ما إذا اشتراها مع الأصل فقال يأخذها ما لم تجذ ، وإذا اشتراها وحدها قال الشفعة فيها ما لم تيبس ، وعلى هذا تأول مذهبه في الكتاب . وقال آخرون هو اختلاف من قوله في الوجهين ، فمرة قال فيها حتى تيبس ، ومرة قال حتى تجذ ، وظاهر اختصار ابن أبي زمنين وابن أبي زيد وغيرهما التسوية بين هذه الوجوه ، وأن الشفعة فيها ما لم تيبس ، لكن ابن أبي زمنين قال وفي بعض الروايات فإن كان بعد يبس الثمرة وجذاذها فنبه على الخلاف في الرواية بما ذكره لا غيره ، وأما أبو سعيد فإنه قال في الموضع الاول ما لم تيبس قبل قيام الشفيع ،

وَإِنِ اشْتَرَى أَصْلَهَا فَقَطْ: أُخِذَتْ، وَإِنْ أُبِّرَتْ وَرَجَعَ بِالْمُؤْنَةِ، وَكَبِئْرٍ لَمْ تُقْسَمْ أَرْضُهَا،

وقال في الثاني فإن قام بعد يبس الثمرة أو جذاذها لم يكن له في الثمرة شفعة . أبوالحسن هذه الرواية التي ذكرها عياض عن ابن أبي زمنين .

فإن قلت ما حملت عليه كلام المصنف تكرار مع قوله أولاً إلا أن تيبس ، ولعله حاذى اختصار أبي سعيد فأشار لما في الموضع الاول بقوله إلا أن تيبس أو تجد . قلت النسج على منوال الأمهات أصوب وأجرى ، مع قوله وهل اختلاف تأويلان ؟ البناني الذي يظهر أن المصنف فهم الام على ما اختصرها أبو سعيد عليه من التأويلين في الجذ قبل اليبس فقط ، وأن اليبس مفيت على كل حال فيجعل قوله هنا ما لم تيبس أو تجد كله موضعا واحداً ، وما تقدم موضعا آخر ، وعليه اقتصر أبو سعيد هنا وغيره ، وإن قال « غ » النسج على منوال الأمهات أصوب .

(وإن اشترى) المبتاع (أصلها) أي الثمرة (فقط) أي دون الثمرة لعدم وجودها فيه حين الشراء ثم أثمر وقام الشفيع (أخذت) بضم فكسر الثمرة مع أصلها بالشفعة إن لم تؤبر ، بل (وإن أبرت) بضم فكسر مثقلا الثمرة قبل قيام الشفيع ما لم تيبس أو تجد (ورجع) المشتري على الشفيع (بالمؤنة) للثمرة من تأبير وسقي ونحوهما والقول له في قدر المؤنة بيمينه ما لم يظهر كذبه . « ق » من ابتاع نخلا لا ثمر فيها أو فيها ثمر غير مؤبر ثم استحق رجل نصفها واستشفع النصف الآخر فإن قام يوم البيع أخذ النصف بملكه والنصف الآخر بشفعته بنصف الثمن ، ويرجع المبتاع على البائع بنصف الثمن ، وإن لم يقم حتى عمل المشتري فأبرت وفيها الآن بلح أو فيها زهو لم ييبس فكما ذكرنا ، ويأخذ الاصل بثمره وعليه للمبتاع قيمة سقيه وعلاجه فيما استحق واستشفع ، فإن قام بعد يبس الثمرة أو جذاذها فلا شفعة له فيها كبيعها حينئذ ويأخذ الاصول بالشفعة بنصف الثمن ، ولا يحط عنه للثمرة شيء ، إذ لم يقع لها يوم البيع حصة من الثمن .

وعطف على المشبه في الشفعة مشبها آخر فيها معيداً كاف التشبيه لذلك فقال (وكبئر) وعين مشتركة (لم تقسم) بضم فسكون ففتح (أرضها) أي البئر التي تسقى

بجانبها باع أحد الشركاء فيها نصيبه منها ففيه الشفعة (وإلا) أي وإن كانت قد قسمت أرضها (فلا) شفعة فيه قاله في المدونة ، وفي العتبية فيه الشفعة فذهب الباجي إلى أن ما فيها خلاف مبني على الخلاف فيما لا ينقسم كالبئر والعين والنخلة ، وسحنون إلى أنه وفاق بحمل ما في المدونة على المتحدة ، وما في العتبية على المتعددة. وابن لبابة إلى الوفاق بحمل ما في المدونة على بئر لا فناء لها .

وأشار للتوفيقين والخلاف فقال : (وأولت) بضم فكسر مثقلا أي المدونة (أيضاً) أي كما أولت بإبقائها على ظاهرها ومخالفة ما فيها لما في العتبية (ب)البئر (المتحدة) أي غير المتعددة وغير ذات الفناء . « ق » فيها وإن كان بينهما أرض ونخل ولهما عين فاقتسما النخل والأرض خاصة ثم باع أحدهما نصيبه من العين فلا شفعة فيه ، وهو الذي جاء فيه ما جاء أن لا شفعة في بئر ، وإن لم يقتسموا أو باع أحدهم حصته من العين أو البئر خاصة ، أو باع حصته من الأرض والعين جميعه ، ففي ذلك الشفعة ويقسم شرب العين بالقلد ، وهي القدر .

وقال ابن القاسم عن مالك « رض » في العتبية أن الشفعة في الماء الذي يقسمه الورثة بينهم بالأقلاد وإن لم يكونوا شركاء في الأرضين التي تسقى بتلك العين والحوائط . قال الإمام مالك «رض» وأهل كل قلد يتشافعون بينهم دون اشتراكهم . ابن رشد إن بيع شقص من البئر مع الأصل أو دونه ولم تقسم الأرض ففيه الشفعة اتفاقاً ، وإن بيع بعد قسم الأرض ففي المدونة لا شفعة فيه ، وسمع يحيى فيه الشفعة . سحنون ليس هذا باختلاف ، ومعنى المدونة أنها بئر واحدة فلا شفعة فيها لأنها لا تقسم ، ومعنى سماع يحيى أنها آبار كثيرة تقسم (لا) شفعة في شقص (عرض) بفتح فسكون فضاد معجمة مشترك باعه أحد الشركاء فيه .

ابن حارث اتفقوا على إسقاط الشفعة في العروض والأمتعة وما أشبه ذلك إذا لم يطلع الشريك على الثمن الذي وقف عليه إلا بعد انبرام البيع ، أما قبل انبرامه فالشريك أحق به بالثمن الذي وقف عليه دفعاً لضرره ، وليس هذا شفعة لأنها أخذ من يد المشتري

وهذا أخذ من يد البائع ، هذا حاصل ما ذكره « ز » ، وهو ظاهر ، ونحـــوه قول ا. عرفة كل مشترك لا شفعة فيه فباع بعض الشركاء نصيبه منه فلمن بقي أخذه بالثمن الذي يعطى فيه ما لم ينعقد البيع أفاده البناني ، والله أعلم .

(و) لا شفعة في نجوم (كتابة) مشتركة باع بعض الشركاء فيها نصيبه منها . « ق » ابن عرفة مقتضى كلام ابن شاس ان كاتبا عبداً باع أحدهما حظه من كتابته ان ثم قـول أن لشريكه أن يشفع ولم أعرفه ، وإنما في المذهب كون المكاتب أحق بما بيع مـن كتابته . وفي الموطأ المكاتب أحق بكتابته ممن اشتراها . ابن رشد أي بما يعطى فيها من لم ينفذ البيع فيها على رواية ابن القاسم . وأما على رواية أشهب فظاهرها أنه أحق وإن نفذ بيعها ، وروى مطرف وغيره مثلها .

(و) لا شفعة في شقص (دين) مشترك باعه بعض الشركاء . « ق » ابن رشد اختلف قول الإمام مالك « رض » في الشفعة في الكتابة والدين يباعان هـــل يكون للمكاتب والمدين شفعة في ذلك . أبو عمر جاء في الأثر عن السلف أن المديان أحـــق من مشتري الدين ، واختلف في هذا أصحاب مالك رضي الله تعالى عنهم وإطلاق الشفعـــة في هذا مجاز .

(و) لا شفعة لصاحب (علو على) صاحب سفل (سفل و)لا شفعة في (عكسه)أي لصاحب سفل على صاحب علو إذا باع أحدهما لأنهما جاران . « ق » فيهـــا لابن القاسم رحمه الله تعالى ومن له دار ولآخر سفلها فلا شفعة لأحدهما فيما باع الآخر منها .

(و) لا شفعة في شقص (زرع) مشترك بأحد الشريكين فيه وحده ، بل (ولو) بيع (بأرضه) أي معها والشفعة في شقص الأرض بما ينوبه من الثمن ، وسواء بيع بعد يبسه أو قبله عند ابن القاسم . وفرق بين الزرع مع الأرض والثمر مع الشجر بأن البائـــع إذا استثنى الثمرة قبل إبارها لم يجز ، وإذا استثنى الزرع جاز لأنه مقصود وإن لم يصح بيعه منفرداً حينئذ وبأن الزرع ليس ولادة والثمرة ولادة . « ق » فيهـــا للإمام مالك «رض» وأما الزرع المشترك إذا باع أحدهم حصته منه بعد يبسه فلا شفعة فيه ، وهـــو لا

وَبَقْل ، وعَرْصَة ، ومَمَرّ قُسِمَ مَتْبُوعُهُ ، وحَيَوَان إلاَّ في : كَحَائِطٍ

يباع حتى ييبس ، ومن ابتاع أرضاً بزرعها الأخضر ثم قام شفيع بعد طيبه فانما له الشفعة في الأرض دون الزرع بما ينوبها من الثمن بقيمتها منها مع قيمة الزرع على غرره يوم الصفقة ، لأنه وقع له حصة منه في الصفقة .

(و)لا شفعة في شقص (بقل) بفتح الموحدة وسكون القاف كخس وفجل مشترك باعه أحد الشركاء فيها لا شفعة في البقول (و)لا شفعة في جزء (عرصة) بفتح فسكون فصاد مهملة أي فسحة بين بيوت الدار السفلى مشتركة باعه بعض الشركاء قبل قسمة البيوت أو بعدها .

(و)لا شفعة في جزء (ممر) بفتح الميمين وشد الراء أي محل مرور للدار وهو طريقها المشترك بين الجيران باعه بعض الشركاء فيه (قسم) بضم فكسر (متبوعه) أي الممر والعرصة وأفرد الضمير لتأويلهما بمذكور والمتبوع الديار التي يتوصل إليها منه . « غ » ينبغي أن يرجع ضمير متبوعه لهما ، وأفرد على ملاحظة ما ذكر « ق » الرسالة لا شفعة في عرصة قد قسمت بيوتها . اللخمي إن قسمت بيوت الدار دون مرافقها من ساحة وطريق وبئر ومأجل ثم باع أحد الشركاء حظه من بيوتها بمرافقها التي تقسم فلا يستشفع فيما قسم بالشركة فيما لم يقسم ولا في الساحة والطريق والبئر والمأجل لأجل بقاء الشركة فيها لأنها من منفعة ما قسم ومصلحته .فان باع نصيبه من الساحة والبئر والمأجل خاصة كان الشركاء أن يردوا بيعه إذا كان البائع يتصرف إلى البيوت ، لان في ذلك ضرراً بهم . وإن كان قد أسقط تصرفه فيها وصرف بيوته إلى مرافق أخر فان باعها من أهل الدار جاز لبقية الشركاء الشفعة على أحد القولين في الشفعة فيما لا ينقسم ، وإن باعه من غير أهل تلك الدار كان لهم رد بيعه لان ضرر الساكن أخف من ضرر غير الساكن ، ولهم أن يجيزوا بيعه ويأخذوا بالشفعة .

(و)لا شفعة في بعض (حيوان) مشترك باعه بعض الشركاء فيه آدمي أو غيره فيها لا شفعة في حيوان (إلا) حيواناً (في كحائط) مشترك عاملاً أو معداً للعمل فيه . ففي شقصه الشفعة تبعاً لشقص الحائط سمع عيسى بن القاسم من اشترى شقصاً من حائط به

رقيق يعملون فيه لم يكن للشفيع الشفعة إلا في الشقص ورقيقه لا في احدهما . « غ » في المقدمات وأما رقيق الحائط والرحا أي حجر الرحا فانما الاختلاف في وجوب الشفعة فيهما إذا بيعا مع الاصل ، فاذا انفرد المبيع فيهما عن الاصل لم يكن فيهما شفعة باتفاق اه ، وله مثل ذلك في سماع عيسى .

ابن عرفة هذا خلاف قول اللخمي ، اختلف في رحى الماء ورحى الدواب إذا بيعت بانفرادها أو مع الأرض ، ويختلف على هذا في رقيق الحائط ودوابه اذا بيعت مع الأصل أو بانفرادها . ابن عرفة والرحى أشبه بالأرض من الحيوان. الباجي عن الموازية لو اقتسما الحائط وباع أحدهما حظه من الرقيق والآلة له فلا شفعة فيه للآخر . أبو محمد عن الموازية لو بيع شيء من ذلك على حدته ففيه الشفعة ما دام الأصل لم يقسم اه. وأما الشفعة في نفس دابة بيت الرحى والمعصرة فلم أر من ذكرها ، فانظر ما فائدة الكاف في قول المصنف كحائط الشارح لعله أدخل بالكاف حيوان المعصرة والرحى والمجبسة .

طفي في دلالة الكاف على هذا نظر ، إذ مذهب المدونة لا شفعة في الرحى ولو بيعت مع أرضها فيها ، وليس في رحى الماء شفعة وليست من البناء إنما هي حجر ملقى ولو بيع معها الأرض أو البيت الذي نصبت فيه ففيه الشفعة دون الرحى بحصته ، وسواء جرها الماء أو الدواب اه ، وإنما يتمشى على قول أشهب بالشفعة في الرحى والمعصرة والمجبسة قصاراهما أن يكونا كالرحى ، وقد قال « غ » وأما الشفعة في دابة بيت الرحى الخ .

(و)لا شفعة في (إرث) أي شقص موروث لشريك الميت . ابن عرفة نقل غير واحد الاتفاق على نفي الشفعة في الميراث (و)لا شفعة في (هبة بلا ثواب) ابن عرفة لا شفعة فيما حدث ملكه بهبة لا ثواب فيها ولا في صدقة (وإلا) أي وإن كانت الهبة بثواب (ف)فيها الشفعة (ب)عوض(ه) أي الثواب (بعد) أن يأخذ(ه) أي الثواب الواهب من الموهوب له لا قبله لعدم لزوم الملك ، وجعل ابن عبد السلام الحكم به كأخذه . « ق » اللخمي من

وَخِيَار إلاَّ بَعْدَ مُضِيِّهِ ، وَوَجَبَتْ لِمُشْتَرِيهِ ، إنْ بَاعَ نِصْفَيْنِ خِيَاراً ثُمَّ بَتْلاً فَأَمْضَى ، وَبَيْعٍ فَاسِد ، إلاَّ أنْ يَفُوتَ ، فَبِالْقِيمَةِ ،

وهب شقصاً للثواب ففيه الشفعة لأنها بيع ، ولكن لا شفعة إلا بعد الثواب فأتت الهبة أو لم تفت ولا تجب قبل الثواب وقبل الفوت ، لأن الموهوب له بالخيار بين التمسك والرد واختلف في الشفعة بعد الفوت وقبل الثواب ، فقال ابن القاسم لا شفعة له حتى يدفع الثواب أو يقضى عليه ويعرف .

(و) لا شفعة في مبيع بشرط (خيار) لبائع أو مشتر أو أجنبي لعدم لزومه (إلا بعد مضيه) أي البيع بامضاء من له الخيار أو بانقضاء زمنه والشقص بيد مشتريه فيها لا شفعة في بيع الخيار إلا بعد بته (ووجبت) أي ثبتت الشفعة (ل) شخص (مشترى) جزء عقار بشرط (ه) أي الخيار أولاً على مشترى باقيه بتلاً ثانياً ثم أمضى الخيار والشراء (إن) كان قد (باع) المالك داره مثلاً (نصفين) نصفاً (خياراً) ابتداء (ثم) باع نصفها لآخر بيعاً (بتلا) بفتح الموحدة وسكون المثناة أي لازماً منبرماً (فأمضى) بيع الخيار من له الخيار بناء على انعقاد بيع الخيار وإمضاؤه تتميم ، فقد تجدد ملك مشترى البتل على ملك مشترى الخيار . وأما على أنه منحل والإمضاء إنشاء للبيع وهو المشهور فالشفعة لمشتري البتل لتجدد ملك مشتري الخيار عليه . « ق » اللخمي إذا كانت دار لرجل فباع نصفها من رجل بالخيار ثم باع النصف الآخر من آخر بتلاً ثم قبل المشتري الخيار كانت الشفعة عند ابن القاسم لمشتري الخيار على مشترى البت .

(و) لا شفعة في شقص عقار مبيع بـ (بيع فاسد) لعدم شرط أو وجود مانع ، لأنه لم ينتقل ملكه لمشتريه في كل حال (إلا أن يفوت) الشقص بيد مشتريه بتغير سوق أو بدن (ف) فيه الشفعة (بالقيمة) التي لزمت المشتري بالفوت . « ق » فيها لمالك رضي الله تعالى عنه يفسخ البيع الفاسد إذا لم يفت ولا شفعة فيه ، ولو علم بفساده بعد أخذ الشفيع فسخ بيع الشفعة والبيع الأول ، لأن الشفيع دخل مدخل المشتري ، وإذا لم يفسخ البيع الأول حتى فات الشقص ولزم المبتاع قيمته يوم قبضه ففيه حينئذ الشفعة بتلك القيمة .

إلاَّ بِبَيْعٍ صَحَّ، فَبِالثَّمَنِ فِيهِ، وَتَنَازُعٍ فِي سَبْقِ مِلْكٍ، إلاَّ أَنْ يَنْكُلَ أَحَدُهُما، وَسَقَطَتْ إِنْ قَاسَمَ أَوِ اشْتَرَى،

ابن المواز وليس للشفيع الأخذ إلا بعد معرفته القيمة التي لزمت المشتري (إلا) أن يفيت المشتري الشقص الذي اشتراه شراء فاسداً (ببيع صحيح ف) فيه الشفعه (بالثمن فيه) أي البيع الصحيح . ومفهوم صحيح أن البيع الفاسد لا يفوت الأول فيها ، وإن باعها المشتري من غيره بيعاً صحيحاً فذلك فوت وللشفيع الأخذ بثمن البيع الصحيح ، ويتراد الأولان القيمة وليس للشفيع الاخذ بالبيع الأول الفاسد .

(و) لا شفعة لأحد الشريكين على الآخر مع (تنازع) بينهما (في سبق ملك) لأحدهما على ملك الآخر بأن ادعى كل منهما أن ملكه لنصيبه من العقار المشترك بينهما سبق ملك الآخر نصيبه منه ولا بينة لأحدهما في كل حال (إلا إن ينكل أحدهما) عن الحلف على سبق ملكه وحلف الآخر على سبق ملكه فله الشفعة على الناكل وحلفهما أو نكولهما هو ما قبل الإستثناء . « ق » ابن شاس إذا تساوق الشريكان لحاكم وادعى كل واحد منهما أن شراء الآخر متأخر ، وأن له الشفعة عليه فالقول قول كل واحد منهما في عصمة ملكه عن الشفعة إن حلفا أو نكلا سقط قولاهما ، وإن حلف أحدهما دون الآخر قضى لمن حلفه بالشفعة على من نكل . ابن عرفة لم أعرف هذا إلا للغزالي وأصول مذهبنا توافقه وهي كاختلاف المتبايعين في قدر الثمن .

(وسقطت) الشفعة (إن قاسم) الشفيع المشتري في العقار المشترك بينهما . « ق » اللخمي الشفعة تسقط بسبعة، أحدها : إسقاط الشفيع حقه بالقول بأن قال تركت مثلاً. الثاني : أن يقاسم بما به الشفعة ، الثالث : أن يمضي من طول الأمد ما يرى به أنه تركها. الرابع : ما يحدثه المشتري في الشقص من هدم أو بناء أو غرس . الخامس : خروجه عن اليد ببيع أو هبة أو صدقة أو رهن . السادس : ما يكون من الشفيع من مساومة أو مساقاة أو كراء . السابع : بيع الشفيع النصيب الذي يشفع به .

(أو اشترى) الشفيع الشقص المشفوع فيه من المشتري . ابن شاس ابتياع الشفيع

أَو سَاوَمَ ، أَو سَاقَى ، أَوِ ٱسْتَأْجرَ ، أَو بَاعَ حِصَّتَهُ أَو سَكَتَ
بِهَدْمٍ أَو بِنَاءٍ ، أَو شَهْرَيْنِ ، إِنْ حَضَرَ ٱلعَقْـدَ ، وإِلاَّ سَنَةً :

الشقص من المبتاع أو مساومته له فيه مسقط حقه في الشفعة عند ابن القاسم ، واختلف في بيعه الحصة التي يشفع بها . ابن الحاجب تسقط الشفعة بصريح اللفظ ، وما في معنـاه كالمقاسمة وشرائه ومساومته (أو ساوم) الشفيـع المشترى في الشقص (أو ساقى) أي جعل الشفيع نفسه ساقياً لشقص الحائط المشفوع فيه جزء من ثمرته (أو استأجر) الشفيع الشقص المشفوع فيـه من مشتريه . « ق » فيها ومساومة الشفيـع مشترى شقص شريكـه أو مساقاته أو اكتراؤه منه يسقط شفعته عـنـد ابن القـاسم (أو باع) الشفيـع (حصته) التي يشفع بها .

« ق » ابن المواز لو باع أحد الشريكين بيـع بتل ولم يأخذ شريكه بالشفعة حتى باع هو أيضاً نصيبه من الذي ابتـاع من شريكه ، ولم يبق في الدار شرك أو من غيره فالشفعة له ثابتة ولا يبطلها بيعه لنصيبه كان بذلك عالماً أو جاهلا ، لأنها قضاء من رسول الله ﷺ وحق وجب له . وقال ابن القاسم إن باع وهو لا يعلم فالشفعة له ويكتب عهدته على المبتاع . وقال أشهب اختلف قول الامام مالك رضي الله تعالى عنه وأحب إلي أن لا شفعة له بعد بيعه . ابن يونس ونحوه قول ابن المواز قال أبو محمد وهو بين .

(أو سكت) الشفيـع سكوتاً مصحوباً (بهدم أو بنـاء) من المشتري الشقص المشفوع فيه والشفيـع حاضر عالم هذا هو المسقط الرابع في كلام اللخمي المتقدم (أو) سكت لشفيع عن طلب الشفعة (شهرين) فتسقط شفعته (إن) كان (حضر)الشفيـع (العقد) أي شراء الشقص ، ظاهره سواء كتب شهادته بالشراء في وثيقته أم لا ، وقيد ابن رشد سقوطها بسكوت شهرين يكتب شهادته فيها وسيأتي نصه (وإلا) أي وإن لم يحضر العقد سقطت بسكوته (سنة) « غ » هذه طريقة ابن رشد ، قال في رسم البز من سماع ابن القاسم تحصيل هذه المسألة أنه إن لم يكتب شهادته وقام بالقرب مثل الشهرين كانت له الشفعة دون يمين ، وإن لم يقم إلا بعد السبعة أو التسعـة أو السنة على ما في

كَأَنْ عَلِمَ فَغَابَ ، إِلاَّ أَنْ يَظُنَّ الأَوْبَةَ قَبْلَهَا ، فَعِيقَ ،

المدونة كانت له الشفعة بعد يمينه أنه لم يترك القيام راضياً بإسقاط حقه ، وإن طال الأمر أكثر من السنة لم تكن له شفعة . وأما إن كتب شهادته وقـام بالقرب العشرة الايام ونحوها كانت له الشفعة بعد يمينه ، وإن لم يقم إلا بعد شهرين لم تكن له شفعة .

(تنبيهات)

الاول : علم من كلام ابن رشد أن المعتبر في اسقاط شفعـة الساكت شهرين كتب شهادته في رسم الشراء ، فلو قال المصنف إن كتب شهادته فيه لكان أولى .

الثاني : قبل ابن عبد السلام تحصيل ابن رشد ، وقال أبو الحسن وابن عرفة قول ابن رشد إن كتب شهادته ولم يقم إلا بعد شهرين فلا شفعة له خلاف ظاهر المدونة ، لأنـه لم يجعل فيها لكتب شهادته في عقد الشراء تأثيراً ، إذ قال فيها والشفيـع على شفعته حتى يترك أو يأتي من طول الزمان ، ما يعلم به أنه ترك شفعته . وإذا علم بالإشتراء فلم يطلب شفعته سنة فلا يقطع ذلك شفعته ، وإن كان قد كتب شهادته في الإشتراء ومثله في التوضيح مع أنه قطع هنا بقول ابن رشد . زاد « ق » عقب وإن كان قد كتب شهادته في الإشتراء ولم ير مالك التسعة أشهر ولا السنة بكثير إلا أنه إذا تباعد هكذا يحلف ما كان وقوفه تركاً لشفعته . ابن المواز عن الإمام مالك رضي الله تعالى عنه يحلف في سبعة أشهر أو خمسة ولا يحلف في شهرين . وأما إذا حضر الشراء وكتب شهادته ثم قـام بعد عشرة أيام فأشد ما عليه أن يحلف ما كان ذلك منه تركاً لشفعته ، ويأخذها اهـ . من ابن يونس فانظره مع كلام الشيخ خليل رحمه الله تعالى .

وشبه في سقوط الشفعة بسكوت الشفيع سنة فقال (كأن علم) الشفيـع ببيع شريكه شقصه (فغاب) الشفيع ، أي سافر من بلد الشقص ثم قدم بعد سنة فلا شفعـة له في كل حال (إلا أن يظن) الشفيـع حال شروعه في السفر (الأوبة) بفتح الهمز فسكون الواو أي الرجوع من سفره (قبل) تمام (ها) أي السنة (فعيق) بكسر العين المهملة ، أي منعه مانع من الأوبة قبل تمامها فلا تسقط شفعته .

وحَلَفَ إنْ بَعُدَ ،

(و) إن كان الشفيع حاضراً وقت الشراء وسكت مدة ثم قام بشفعته قبل تمـام السنة (حلف) بالله تعالى ما سكت تاركاً لحقه (إن بعد) بضم العين قيـامه من الشراء كسبعة أشهر ، فإن لم يبعد فلا يحلف . الحط هـذا راجع لقوله وإلا سنة ، والمعنى إذا قلنا أن الشفعة للحاضر في السنة فإنه يحلف إذا كان قيامه بعيداً من العقد ، وحد البعد في ذلك السبعة الاشهر . وما بعدها قال في التوضيح ، وهل يحلف اذا لم تسقط شفعتـه في السنة نقل في الكافي عن الإمام مالك رضي الله تعالى عنه أنه إن قام عند رأس السنة فلا يحلف ، وروي عنه أنه يحلف ولو قام بعد جمعة . وفي المدونة ولم ير مالك التسعة الاشهر ، وفي رواية السبعة الاشهر ، ولا السنة كثيراً ، أي قاطعاً لحقه في الشفعة إلا أنه إن تباعد هكذا يحلف ما كان وقوفه تركاً للشفعة .

وفي الموازية عن الإمام مالك رضي الله تعـالى عنه يحلف في سبعة أشهر أو خمسة لا شهرين . ابن العطار وابن الهندي وغيرهما من الموثقين ظاهر المدونة أنه لا يحلف في السبعة وإذا قلنا إن الحاضر إذا قام بعد البعد في السنة يحلف فأولى إذا علم وغـاب ، وكان يظن الاوبة قبل السنة فعيق وقلنا له الشفعة بعد السنة فإنه يحلف أنه لم يسقط شفعتـه ، ولا يصح أن يكون قوله وحلف ان بعد راجعا الى قوله إلا أن يظن الاوبة قبلها فعيق ، لأنه يصير قوله إن بعد لا معنى له والله اعلم .

طفي قوله إذا كان قيامه بعيداً من العقد يقتضي أن السنة تعتبر من حين العقـد ، وصرح غيره بأنها من حين علمه وبه قرر عج ، وهو ظاهر قول ابن رشد اختلف في الحـد الذي تنقطع به شفعة الحاضر بمجرد السكوت بعد العلم بالبيع على أربعة أقوال ، أحدها سنة ، والحاصل أن المصنف ركب في هـذا المحل فجرى على مذهب المدونة تارة ، وعلى غيره تارة ، فقوله وإلا فسنة علم أنه خلاف مذهب المدونة ، وكذا قوله وشهرين إن حضر العقد ، وقوله إلا أن يظن الأوبة الخ ، هو قول المدونة ، ونصها في الأول إذا علم بالإشتراء ولم يطلب شفعته سنة فلا يقطع ذلـك شفعته . وإن كان قد كتب شهادته في

وصُدِّقَ انْ أَنكرَ عِلْمَهُ : لَا إنْ غَابَ أوَّلاً ،

الإشتراء ا هـ ، ولا بد من تقييد قوله وشهرين بكتابة شهادته كما هو نص ابن رشد الذي تبعه وإن كان خلاف المدونة .

(وصدق) بضم فكسر مثقلاً الشفيع الحاضر (إن أنكر) الشفيع الحاضر (علمه) ببيع شريكه شقصه لموافقته الاصل . أبو الحسن بيمينه . « ق » المتيطي والحاضر الذي لم يعلم بالابتياع لا تنقطع شفعته إلا بعد عام من علمه ، فإن قام بعد مدة طويلة يطلب شفعته ، وقال لم أعلم بالبيع ، فإن قوله يقبل مع يمينه إلا أن يثبت عليه أنه علم بذلك (لا) تسقط الشفعة بطول الغيبة (إن غاب) الشفيع عن بلد الشقص (أولاً) بشد الواو منوناً ، أي قبل بيع شريكه شقصه فباعه وهو غائب فله القيام بشفعته بعد قدومه ولو غاب سنين كثيرة .

« ق » فيها للامام مالك رضي الله تعالى عنه والغائب على شفعته وإن طالت غيبته وهو عالم بالشراء وإن لم يعلم به فذلك أحرى . زاد الحط ولو كان حاضراً . ابن يونس ابن المواز قاله مالك وأصحابه ، وقد روى أشهب أن النبي ﷺ قال ينتظر إن كان غائباً وقضى عمر بن عبد العزيز رضي الله تعالى عنه بالشفعة للغائب بعد أربعة اعوام مالك إلا أن يطول الزمان بما يجهل فيه أصل البيع ، وتموت فيه الشهود ، فأرى الشفعة تنقطع . فأما في قرب الأمر مما يرى أن المبتاع أخفى الثمن لقطع الشفعة فلتقوم الارض على ما يرى من ثمنها يوم بيعها فيأخذها به ا هـ .

الرجراجي قولها إلا أن يطول الخ ، قاله مالك في كتاب محمد . وفي النوادر من كتاب محمد إن قال المبتاع نسيت الثمن فإن مضى من الطول والسنين ما يندرس فيه العلم وتموت فيه البينة وترتفع فيها التهمة فالشفعه ساقطة ، وكذلك إن كان صغيراً أو غائباً . وأما إن كان على غير ذلك فالشفعة قائمة بقيمة الشقص . ابن عبدوس ابن الماجشون إذا جاء الشفيع إلى ولد المبتاع بعد طول الزمان فليحلف الولد ما عنده علم ذلك ثم يأخذ بالقيمة ، وكذلك لو كان المبتاع حياً ، وقال لا أدري بكم اشتريت فليحلف المبتاع ، فإن

أو أَسْقَطَ لِكَذِبٍ فِي الثَّمَنِ ، وَحَلَفَ أو فِي ٱلْمُشْتَرَى ،
أوِ ٱلْمُشْتَرِي ، أوِ ٱنفِرادِهِ ،

نكل أخذه الشفيع إن شاء ، وقيل للمبتاع متى أحببت حقك فخذه وإن حلفت فلك قيمته يوم أسلمته إلى الشفيع ، وإن قال الشفيع لا أقبضه ، إذ لعل ثمنه كثير فلا بدأن يحلف المبتاع ما يعلمه أو يسجن . وقال غيره إذا اختلفا في الثمن فجاء المشتري بما لا يشبه أو جهلا الثمن استشفعه بقيمته يوم ابتاعه .

(أو أسقط) الشفيع شفعته (لكذب في) قدر (الثمن) ثم ظهر دون ذلك فلا تسقط شفعته (وحلف) الشفيع أنه ما أسقط شفعته إلا لما أخبر به من كثرة الثمن . « ق » فيها لابن القاسم رحمه الله تعالى إذا أخبر الشفيع بالثمن فسلم ثم ظهر أنه دونه فله الأخذ بالشفعة ، ويحلف أنه ما سلم إلا لكثرة الثمن (أو) أسقط لكذب (في المشترى) يحتمل أنه بكسر الراء بأن قيل له فلان اشترى شقص شريكك فسلم ثم ظهر أنه غيره ، ويحتمل أنه بفتحها بأن قيل له باع شريكك بعض شقصه أو جميعه فسلم ثم ظهر أنه باع الجميع في الأولى أو البعض في الثانية فله الشفعة .

« ق » فيها لابن القاسم إن قيل له قد ابتاع فلان نصف نصيب شريكك فسلم ثم ظهر أنه ابتاع جميع النصيب فله القيام بشفعته ، ولا يلزمه تسليم النصف الذي سلمه إن أراده المبتاع . ابن يونس يقول الشفيع لم يكن لي غرض في أخذ النصف ، لأن الشركة بعد قائمة فلما علمت أنه ابتاع الكل أخذت لارتفاع الشركة وزوال الضرر . ابن المواز قلت فإن سمى لي المشتري فسلمت فإذا هو غير من سمى لي فبدا لي فرجعت في أخذ شفعتي قال ذلك لك كائنا من كان الرجل . « غ » يغلب على الظن أن نسخة المصنف أو في المشترى أو المشتري بلفظين الأول اسم مفعول ، والثاني اسم فاعل لعود الضمير من قوله بعده أو انفراده عليه ، ولعل الناسخ من المبيضة ظن التكرار فأسقط أحد اللفظين .

(أو) أسقط لكذب بـ (انفراده) أي المشتري ثم ظهر تعدده فلا تسقط شفعته . « ق » فيها لابن القاسم إن قيل له ابتاعه فلان فسلم ثم ظهر أنه ابتاعه مع آخرة له القيام

وأخذ حصتها ولا يلزمه التسليم للواحد . ابن المواز لأنه يقول إني إن أخذت حصة من لم أسلم له فقط تبعض الشقص علي ، ولعل بعضه يضيق لقلته (أو أسقط وصي أو أب) شفعة ثبتت لمحجوره (بلا نظر) أي مصلحة ونفع للمحجور بأن كان النظر الأخذ بها ، فإذا رشد المحجور فله الأخذ بهـــا . ومفهوم بلا نظر أنهما لو أسقطا النظر سقطت وهو كذلك .

« ق » فيها للإمام مالك رضي الله تعالى عنه والصغير الشفعة يقوم بها أبوه أو وصيه ، فإن لم يكونا فالإمام ينظر له ، وإن لم يكن له أب ولا وصي وهو بموضع لا سلطان فيه ، فهو على شفعته إذا بلغ ولو سلم من ذكرنا من أب أو وصي أو سلطان شفعة الصبي لزمـه ذلك ، ولا قيام له إن كبر ولو كان له أب فلم يأخذ له بالشفعة ولم يترك حتى بلغ الصبي وقد مضى لذلك عشر سنين فلا شفعة للصبي ، لأن والده بمنزلته إن مات . واختلف قول أشهب في سكوت الوصي مدة تنقطع في مثلها الشفعة . اللخمي إذا وجبت الشفعة للصغير فالأمر فيها لوليه من أب أو وصي أو حاكم من أخذ أو ترك ، فإن رشد الصبي بعد ذلك لم يكن له أخذ ما ترك ولا ترك ما أخـــذ إلا أن يبين أن الأخذ لم يكن من حسن النظر لغلاء ، أو لأنه قصد المحاباة من كان اشترى فللصبي إذا رشد نقض ذلك .

(و) إن كان عقـــار مشتركاً بين ولي ومحجوره أو بين محجورين لولي وباع شقص محجوره أو أحد محجوريه لمصلحة (شفع) الولي (لنفسه) فيما باعه على محجوره لمصلحة (أو) شفع الولي (ليتيم) محجور للولي البائع فيما باعـــه على يتيم آخر محجور له أيضاً . « ق » عبد الملك إذا باع الوصي شقصاً لأحد الأيتام فله الأخذ بالشفعة لباقيهم لا يدخل فيه من بيع عليه ولا حجة على الوصي بأنه بائع لأنه باع على غيره . محمد لو كان له معهم شقص لدخل في تلك الشفعة والرفع للإمام أحب إلي ، فينظر فإن كان خيرا لليتيم أمضاه الحط يعني أن الأب أو الوصي إذا باع شقص من في ولايتـــه ، فإن له أن يأخذ بالشفعة لنفسه إن كان شريكه أو يأخذ بها ليتيم آخر في حجره مشارك فيه .

أو أنكرَ المُشتري الشّراءَ وحلفَ وأقرَّ بهِ بائعُهُ ،

قال في المدونة من وكل رجلاً يبيع له شقصاً أو يشتريه والوكيل شفيعه ففعل لم يقطع ذلك شفعته . أبو الحسن فعلى ما في الكتاب إذا باع الأب شقص ابنه من دار بينهما فإن الشفعة له ، وكذلك الوصي ، ونص على ذلك اللخمي ، فقال إذا كانت دار بين رجل وولده فباع الأب نصيب نفسه فله أن يشفع فيه لولده ، وإن باع نصيب ولده فله أن يشفع فيه لنفسه وكذلك الوصي إذا كان شريكاً لمحجوره إن باع نصيب نفسه فله أخذه بالشفعة لمحجوره ، وإن باع نصيب محجوره فله أن يشفع فيه لنفسه إلا أن هذا بعد أن هذا بعد أن يرفع إلى الإمام ليرفع عن نفسه تهمة ببيع نصيب محجوره بنجس ليشفع فيه لنفسه أو ببيع نصيبه بغلاء ليأخذه لمحجور بمواطأة مع مبتاعه ، فإن فعل من غير رفع له رفع له ، فإن رآه سداداً أمضاه وإلا رده ، والأب والوصي في هذا سواء .

وقال ابن زرب أربعة بيعهم إسقاط لشفعتهم ، الأب يبيع حصة ابنه الصغير من دار مشتركة بينهما ، والوصي يبيع حصة محجوره وأحد المتفاوضين ، والوكيل على بيع شقص هو شفيعه ، فهؤلاء لا شفعة لهم ، لأن البيع تسليم بخلاف الشراء . وقيل في الوكيل لا شفعة اهـ ، وهذا خلاف ما فيها إلا في أحد المتفاوضين ، لأنه قال فيما يأتي ليس لأحد المتفاوضين شفعة فيما باع الآخر .

وعطف على مالا شفعة فيه فقال (أو) ادعى مالك شقص عقار أنه باعه لفلان و (أنكر المشتري) أي المدعى عليه (الشراء وحلف) المدعى عليه بالله الذي لا إله إلا هو أنه لم يشتر فلا شفعة لشريك المدعي في ذلك الشقص (و) لو (أقر به) أي البيع (بائعه) أي مدعي بيع الشقص ، إذ لم يثبت البيع فلم يتجدد ملك المدعى عليه على الشقص . « ق » لعل هذا كان مخرجاً قبل ، وشفع لنفسه فأقحمه الناسخ بعده ، فيها لابن القاسم إذا أنكر المشتري الشراء وادعاه البائع فتحالفا وتفاسخا فليس للشفيع أن يأخذ بالشفعة بإقرار البائع ، لأن عهدته على المشتري ، وإذا لم يثبت للمشتري شراء فلا شفعة للشفيع .

(و) إن تعدد الشفعاء فـ (هي) أي الشفعة بمعنى المشفوع فيه تقسم بين الشركاء

وهِيَ عَلَى ٱلأَنصِبَاءِ ، وتُرِكَ لِلشَّرِيكِ حِصَّتُـــهُ ، وطُولِبَ بِالأَخذِ بَعْدَ ٱشتِرَائِهِ

الشفعاء (على) قدر (الأنصباء) المشفوع بها على المشهور لا على عدد رؤوسهم . « ق » فيها للإمام مالك رضي الله تعالى عنه القضاء في الشفعة إذا وجبت للشركاء قسمتها بينهم على قدر أنصبائهم لا على عددهم . أشهب لأنها إنمـــا وجبت لشركتهم لا لعددهم فيجب تفاضلهم فيها بحسب تفاضلهم في أصل الشركة ، فلو كان العقار مشتركاً بين ثلاثة لأحدهم النصف وللثاني الثلث وللثالث السدس فإن باع صاحب السدس قسم على خمسة لصاحب النصف ثلاثة ، ولذي الثلث اثنان ، وإن باع صاحب الثلث قسم على أربعـــة لصاحب النصف ثلاثة ، ولذي السدس واحد . وإن باع صاحب النصف قسم على ثلاثة لذي الثلث اثنان ، ولذي السدس واحد .

(و) إذا كان مشتري الشقص أحد الشفعاء (ترك) بضم فكسر (للشريك)المشتري (حصته) من الشقص الذي اشتراه التي يشفع فيها لو بيع لغيره ، فـــإن اشترى ذو السدس النصف ترك له ثلثه وأخذ ذو الثلث ثلثيه ، وإن اشتراه ذو الثلث ترك له ثلثـاه وأخذ ذو السدس ثلثه ، وإن اشترى ذو النصف السدس ترك له ثلاثة أخماسه وأخـذ ذو الثلث خمسيه ، وإن اشتراه ذو الثلث ترك له خمساه وأخذ ذو النصف ثلاثة أخماسه ، وإن اشترى ذو النصف الثلث ترك له ثلاثة أرباعه ، وأخذ ذو السدس ربعه وإن اشتراه ذو السدس ترك له ربعه وأخذ ذو النصف ثلاثة أرباعه .

« ق » فيها للإمام مالك رضي الله تعالى عنه وإن كان للمبتاع سهم متقدم حاصصهم به ، وفي الجواهر إذا باع بعض حصته فلا يدخل البائع مع شريكه في الشفعة لأنه رغب في البيع ورضي بتجدد ملك المشتري ، وكذا لو باعه السلطان لقضاء دين عليـــه وهو غائب لأنه وكيله . أبو محمد لو باع بعض شقصه ثم باعه المشتري الثالث فله الشفعة ، لأنـــه ببيع ثان فلعله يرضى بالمشتري الأول دون الثاني أفاده في الذخيرة .

(وطولب) بضم الطاء المهملة وكسر اللام الشفيع (بالأخذ) بالشفعة أو تركه (بعد

لَا قَبْلَهُ، وَلَمْ يَلْزَمْهُ إِسْقَاطُهُ، وَلَهُ نَقْضُ وَقْفٍ: كَهِبَةٍ، وَصَدَقَةٍ وَالثَّمَنُ لِمُعْطَاهُ، إِنْ عَلِمَ شَفِيعَهُ

اشترائه) أي الشقص لتضرر المشتري بترك التصرف فيما اشتراه حتى يأخذ الشفيع أو يترك . « ق » اللخمي للمشتري وقف الشفيع على الأخذ أو الترك ، فإن أبى جبره الحاكم وفيها قلت فمن أراد الأخذ بالشفعة ولم يحضره الثمن أيتلوم له قال قال الإمام مالك رضي الله تعالى عنه رأيت القضاة عندنا ، يؤرخون الآخذ بالشفعة في النقد اليومين والثلاثة ورأيته حسناً ومذهباً لي . ابن المواز إنما يؤخر هكذا إذا أخذ شفعته ، فاما إذا أوقفه الإمام فقال أخروني اليومين والثلاثة لأنظر في ذلك فليس ذلك له ، ويقال له بل خذ شفعتك الآن في مقامك وإلا فلا شفعة لك ، وقاله أشهب ومطرف . وقال الإمام مالك رضي الله تعالى عنه في رواية ابن عبد الحكم يؤخره السلطان اليومين والثلاثة ليستشير وينظر اهـ من ابن يونس (لا) يطالب الشفيع بالأخذ أو الترك (قبله) أي اشتراء الشقص .

(و) إن طولب قبله فأسقط شفعته (لم يلزمه) أي الشفيع (إسقاط) لأنه أسقط حقاً قبل وجوبه له . « ق » فيها للإمام مالك رضي الله تعالى عنه إذا قال الشفيع للمبتاع اشتر فقد سلمت لك الشفعة وأشهد بذلك فله القيام بعد الشراء ، لأنه سلم ما لم يجب له بعد . ابن يونس ولأن من وهب ما لا يملك لم تصح هبته . ابن رشد لهذا نظائر منها إسقاط الجائحة قبل حصولها واليمين في دعوى القضاء وإذن الزوجة في التزوج عليها ، وحظها في المبيت وهبته دمه ورد الموصى له الوصية في حياة الموصى وحد القذف قبله والرد بالعيب قبل ثبوته .

(و) إن وقف المشتري الشقص قبل قيام الشفيع فـ (له) أي الشفيع الأخذ و (نقض وقف) وشبه في جواز النقض فقال (كهبة وصدقة) من المشتري في الشقص قبل قيام شفيعه فله ذلك وأخذه بالشفعة (والثمن) الذي يدفعه الشفيع في الشقص الموهوب أو المتصدق يكون (لمعطاه) أي الموهوب له أو المتصدق عليه (إن) كان (علم)

لَا إِنْ وَهَبَ دَاراً فَاسْتُحِقَّ نِصْفُهَا ، وَمُلِكَ بِحُكْمٍ أَوْ دَفْعِ ثَمَنٍ ، أَوْ إِشْهَادٍ ،

الواهب أو المتصدق حين الهبة أو الصدقة (شفيعه) أي الشقص لدخوله على هبة الثمن . « ق » فيها للإمام مالك رضي الله تعالى عنه من اشترى شقصاً من دار له شفيع غائب فقاسم الشريك ثم جاء الشفيع فله نقض القسم وأخذه ولو بنى فيه المشتري بعد القسم مسجداً فللشفيع أخذه وهدم المسجد . ولو وهب المبتاع ما اشترى من الدار أو تصدق به كان للشفيع إذا قدم نقض ذلك والثمن للموهوب أو المتصدق عليه ، لأن الواهب علم أن له شفيعاً ، فكأنه وهبه الثمن بخلاف الإستحقاق . ابن المواز وقال أشهب رحمه الله تعالى الثمن للواهب أو المتصدق به كالاستحقاق وهذا أحب إلينا وقاله سحنون .

(لا إن) لم يعلم شفيعه بأن (وهب داراً) بعد شرائها (فاستحق) بضم المثناة وكسر الحاء المهملة (نصفها) أي الدار مثلاً فرجع المشتري الواهب على بائعها بنصف ثمنها فهو للواهب والمستحق أخذ النصف الآخر بالشفعة وثمنه للواهب أيضاً ، لعدم علمه شفيعه « ق » فيها من اشترى داراً فوهبها لرجل ثم استحق رجل نصفها وأخذ باقيها بالشفعة فثمن النصف المستشفع للواهب ، بخلاف من وهب شقصاً ابتاعه وهو يعلم أن له شفيعاً فهذا ثمنه للموهوب له إذا أخذه الشفيع (وملك) الشفيع الشقص (ب) سبب (حكم) من حاكم له به (أو دفع ثمن) للمشتري ولم يرض به (أو إشهاد بالأخذ) للشقص بالشفعة .

« ق » ابن شاس يملك الأخذ بتسليم الثمن وإن لم يرض المشتري وبقضاء القاضي بالشفعة عند الطلب وبمجرد الإشهاد . ابن عرفة تبع في هذا الغزالي لظنه موافقته المذهب ، وهذا دون بيان لا ينبغي . « غ » أصل هذا قول ابن شاس ما نصه الباب الثالث في كيفية الأخذ والنظر في أطراف الأول فيما يملك به . ويملك بتسليم الثمن وإن لم يرض المشتري ، وبقضاء القاضي له بالشفعة عند الطلب وبمجرد الإشهاد على الأخذ ، وبقوله أخذت وتملكت ثم يلزمه إن كان علم بمقدار الثمن وإن لم يعلم به لم يلزمه ، فقال ابن

الحاجب في اختصاره ويملك بتسليم أو بالإشهاد أو بالقضاء فقال ابن عبد السلام يعني أن الشفعة يملكها الشفيع بأحد هذه الوجوه الثلاثة ، ومراده الإشهاد بحضرة المشتري وإلا فلا معنى له ، ويصح أن يفسر هذا الموضع بما نقل ابن يونس عن ابن المواز أنه إذا أخره السلطان بثمن الشقص اليومين والثلاثة ولم يأت به إلى ذلك الأجل ، فالمشتري أحق بها. وقال عن أشهب وابن القاسم في العتبية [1] أنه إذا طلب التأخير بعد أخذه فأخر ثم بدا له وأبى المشتري أن يقبله فالأخذ قد لزم الشفيع ، فإن لم يكن له مال بيع حظه الذي استشفع فيه وحظه الأول الذي استشفع به حتى يتم للمشتري جميع حقه ولا إقالة له إلا برضا المشتري .

وقال ابن رشد في سماع يحيى إذا أوقف الإمام الشفيع فلا يخلو من ثلاثة أوجه ، أحدها : أن يقول أخذت والمشتري وأنا قد سلمت فيؤجله الإمام في دفع المال للمشتري فلا يأتي به فليس لأحدهما أن يرجع عما التزمه ، ويحكم على الشفيع بما قدمناه عن العتبية .

والوجه الثاني : أن يوقفه الإمام فيقول أخذت ويسكت المشتري ويؤجله في الثمن يأتي به ، فهذا إن طلب المشتري أن يباع له في الثمن ملك الشفيع فذلك له ، وإن أحب أن يأخذ شقصه كان له ذلك ولا خيار للشفيع على المشتري .

والثالث : أن يقول الشفيع أنا آخذ ولا يقول أنا آخذ ولا يقول أخذت فيؤجله الإمام في الثمن ، فاختلف فيه إذا لم يأت به فقيل يرجع الشقص إلى المشتري إلا أن يتفقا على إمضائه للشفيع واتباعه بثمنه . وقيل إن أراد المشتري أن يلزم الشفيع الأخذ كان له ذلك ويباع ماله في الثمن ، وإن أراد الشفيع أن يرد الشقص لم يكن له ذلك ، وهذا قول ابن القاسم وأشهب والأول أبين اهـ .

---

(١) (قوله بما قدمناه عن العتبية) أي من أنه إن لم يكن للشفيع مال يباع حظه الذي استشفع فيه وحظه الأول الذي استشفع به حتى يتمم للمشتري جميع ثمنه .

ابن عرفة لم أعلم هذا المعنى الذي قال ابن شاس لأحد من أهل المذهب ، وتبع فيه وجيز الغزالي على عادته في إضافة كلام الغزالي للمذهب لظنه موافقته إياه ، وهذا دون بيان لا ينبغي ، وظاهر كلامهم أن المملوك بأحد هذه الوجوه هو نفس الأخذ بالشفعة لا نفس الشقص ، وروايات المذهب واضحة بخلافه ، وإن ملك الأخذ نفسه إنما هو بثبوت ملك الشفيع لشقص شائع من ربع واشتراء غيره شقصاً آخر ، فهذا هو الموجب لاستحقاقه الأخذ ، ولذا يكلفه القاضي إذا طلب منه الحكم له بالأخذ إثبات ذلك .

ابن فتوح والمتيطي وغيرهما واللفظ لابن فتوح وإذا طلب الشفيع المبتاع بالشفعة عند السلطان فلا يقضى له بها حتى يثبت عنده البيع والشركة ، أو يحضر البائع ويثبت عينه عنده ويقر الشفيع بالبيع وبالشركة ويقر المبتاع بالابتياع على الإشاعة ويثبت أيضاً عينه عنده فيقضي عليه بالشفعة دون ثبوت الشركة والإشاعة ، ولا من ثبوت البيع أو إقرار البائع به فينظر السلطان حينئذ بينهما في الشفعة ، ولا يحكم بإقرار المشتري والشفيع حتى يثبت عنده البيع ، ومما يتم به تسجيل الحكم ويوجب إنزال الشفيع أن يثبت عنده البيع على الإشاعة والشركة وملك البائع مـا باعه من المبتاع ، ويثبت عنده الأعيان المذكورين ابن عرفة .

أما ملك الشفيع الشقص المشفوع فيه فلم أعلم فيه نصاً جلياً إلا ما تقـدم من نص المدونة ، كأنه يشير إلى قوله فيها ، وإذا قال الشفيع بعد الشراء إشهدوا أني قد أخذت شفعتي ثم رجع ، فإن كان علم الثمن قبل الأخذ لزمه ، وإن لم يعلم به فله أن يرجع ، ثم قال « غ » وأما المصنف فقد فسر قول ابن الحاجب بأن معناه يملك الشفيع الشقص بأحد الأمور الثلاثة ، وكذا قال ابن راشد القفصي ورأيت في الكافي لأبي عمر بن عبد البر مـا نصه والشفعة تجب بالبيع التام ، وتستحق بأداء الثمن ، وقد ذكر بعد هـذا في المختصر وجوه ابن رشد الثلاثة من سماع يحيى .

طفي فتعقب ابن عرفة لا يأتي على تقرير المصنف كلام ابن الحـاجب بل على تقرير

ابن عبد السلام ، ثم قال هذا على تسليم تعقب ابن عرفة وهو غير مسلم ، وقوله وروايات المذهب واضحة بخلافه الخ غير ظاهر ، إذ فرق بين استحقاق الشفعة وملكها الذي هو ثبوتها وحصولها ، وكذا الأخذ فرق بين استحقاقه وحصوله الذي هو المراد بملكه ، فملك الشفعة هو حصولها وهو نفس ملك الأخذ وحصوله ، ولذا عبر في الجواهر بملك الأخذ وابن الحاجب في اختصاره له بتملك الضمير العائد على الشفعة ، فما جعله ابن عرفة سبباً لملك الأخذ بالشفعة من ثبوت ملك الشفيع لشقص شائع الخ ليس كذلك ، انما هو سبب لاستحقاقها ، وقد سبق له في تعقبه تعريف ابن الحاجب الشفعة بأنها أخذ شريك حصة الخ بأنه إنما يتناول أخذها لا ماهيتها ، وهي غير أخذها لأنها معروضة له ولنقيضه وهو تركها ، وعرفها هو بأنها استحقاق شريك أخذ مبيع شريكه بثمنه ، فقد اعترف بأن الأخذ غيرها ، وليس معنى ملك الأخذ إلا حصوله وثبوته ، وكذا ملك الشفعة .

وقد قال أبو عمر في كافيه الشفعة تجب بالبيع التام وتستحق وتملك بأداء الثمن اهـ . وأراد بقوله تستحق تحصل ففرق بين ما تجب به وما تحصل به وهو ظاهر ، ويلزم من ملك الأخذ الذي هو حصوله وثبوته وملك الشفعة كذلك ملك الشقص المستشفع فيه ، ولذا قرره في التوضيح بملك الشقص كما في مختصره ، وقال هكذا في الجواهر مع أن صاحب الجواهر إنما تكلم على ملك الأخذ إشارة لما قلناه من تلازمهما وهو ظاهر ، ولذا قرر ابن عبد السلام كلام ابن الحاجب لما تقدم قال وما نقلناه من كلام ابن المواز والعتبية يصح أن يفسر به هذا الموضع ، ثم قال ولابن رشد كلام تركناه وهو الذي أشار اليه المصنف بقوله ولزم إن أخذ الخ ، فجعل قول أشهب وابن القاسم في العتبية من لزوم الأخذ وبيع الشقص في الثمن تفسيراً لكلام ابن الحاجب ، وهو دليل لما قلناه أنه يلزمه ملك الأخذ وملك الشفعة لملك الشقص ، فقول ابن عرفة وأما ملك الشقص فلم أعلم فيه نظر ، بل نصوص المذهب واضحة ببيانه كما علمت ، وهذا ظاهر لمن تأمل وأنصف ، والحق أحق أن يتبع .

وبما قلناه يظهر لك أن في قول المصنف وملك بحكم الخ ، مع قوله ولزم إن أخذ الخ

وَٱسْتُعْجِلَ ، إِنْ قَصَدَ ٱرْتِيَاءً أَوْ نَظَراً لِلْمُشْتَرَى إِلاَّ كَسَاعَةٍ ،
وَلَزِمَ إِنْ أَخَــذَ

نوع تكرار ، وقد ألم « غ » بكلام الجواهر وابن الحاجب وابن عبد السلام وابن عرفة والتوضيح أتم إلمام حتى قال « ح » انظر « غ » فيما أتى به فإنه جيد مع أنه أقر كلام ابن عرفة مع ما فيه والكمال لله تعالى . البناني وفيه نظر إذ المعروف من كلامهم هو ما قاله ابن عرفة من أن ملك الشفعة واستحقاقها لا يتوقف على الوجوه المذكورة ، ولوأجاب بأن تملك في كلام ابن شاس وابن الحاجب بمعنى تلزم مجازاً لربما كان ظاهراً ، فمعنى تملك الشفعة يلزم صاحبها الاخذ بواحــد من الوجوه المذكورة ، ويدل عليــه ما استدل به ابن عبد السلام لما ذكره من كلام ابن رشد الذي أشار اليه المصنف بقوله ولزم إن أخــذ الخ ، وعليه أيضاً يحمل كلام الكافي والله أعلم .

(واستعجل) بضم الفوقية وكسر الجيم الشفيع في الأخذ بالشفعة أو تركه (إن قصد) الشفيع (ارتياء) بكسر الهمز والفوقية ، أي تأجيلاً يتروى ويستشير فيه في الأخــذ والترك فلا يجاب لذلك (أو) قصد (نظراً ل) شقصا (لمشترى) بفتح الراء فيوصف له ويؤمر بأخذه أو تركه حالاً بلا تأخير (إلا) أن يكون بينه وبين الشقص (كساعة) فلكية فيؤخر لنظره عند الإمام مالك « رض » وفي الموازية لا يؤخر ولو لساعة « ق » سمع القرينان من باع شقصاً في حائط فقال الشفيع حتى أذهب فأنظر أين شفعتي فقــال ليس له ذلك فراجعه السائل فقال إن كان الحــائط على ساعة من نهار فذلك له وإلا فلا ابن رشد لنحو هذا في المدونة .

اللخمي للمشتري وقف الشفيع على الأخذ أو الترك فإن أبى جبره الحاكم . ابن المواز إذا أوقفه الإمام ليأخذ شفعته فقال أخروني اليومــين والثلاثة لانظر في ذلك فليس له ذلك ، ويقال بل خذ شفعتك الآن في مقامك وإلا فلا شفعة لك ، وقاله أشهب ومطرف وقال الإمــام مالك «رض» في رواية ابن عبد الحكم يؤخره السلطان اليومين والثلاثة ليستشير وينظر .

(ولزم) الشفيع الأخذ بالشفعة (إن أخذ) أي قال أخــذت بصيغة الماضي (و)

وَعَرَفَ الثَّمَنَ فَبِيعَ لِلثَّمَنِ ، وَالْمُشْتَرِي إِنْ سَلَّمَ ، فَإِنْ سَكَتَ : فَلَهُ نَقْضُهُ ، وَإِنْ قَالَ أَنَا آخُذُ ؛ أُجِّلَ ثَلَاثاً لِلنَّقْدِ ، وَإِلَّا سَقَطَتْ ،

الحال انه قد (عرف) الشفيع (الثمن) الذي اشترى به المشتري الشقص ، فإن أخذقبل معرفته فلا يلزمه الأخذ ، فإذا عرفه فله الرجوع عن الأخذ ، وإذا عرف الثمن وقال أخذته ولزمه الأخذ ولم يأت بالثمن (فبيع) بكسر الموحدة أي يباع من مال الشفيع ما يفي ثمنه بثمن الشقص المشفوع فيه سواء كان الشقص المشفوع فيه الشقص أو الشقص المشفوع به أو غيرهما .

(و) لزم الأخذ (المشتري) أيضاً (إن) كان (سلم) بفتحات مثقلا أي قال سلمت بعد قول الشفيع أخذت فلا رجوع لأحدهما (فإن سكت) المشتري بعد قول الشفيع وأخذت ولم يقل سلمت وأجل في الثمن فتم الأجل ولم يأت به (فله) أى المشتري (نقضه) أي فسخ أخذ الشفيع بالشفعة وأخذ الشقص وسقطت شفعته ، فيها إن قال بعد الشراء اشهدوا أني أخذت بشفعتي ثم رجع ، فإن علم الثمن قبل أخذه لزمه ، وإن لم يعلم بهفله أن يرجع . اللخمي ظاهر قوله أن يرجع أن له الأخذ قبل معرفة الثمن . وفي الموازيةأنه فاسد ويجبر على رده . ابن رشد إن أوقفه الحاكم فقال أخذت وقال المشتري سلمت فعجز عن الثمن بيع عليه بمثل ما عليه من ماله في الثمن ، ولا رد لواحد منهما فيالاخذ والتسليم إلا بتراضيهما ، وإن سكت المشتري ولم يقل سلمت فأجله الحاكم للثمن فلم يأت به إلى الأجل فللمشتري بيع مال الشفيع أو أخذ شقصة .

(وان قال) الشفيع (أنا آخذ) بصيغة المضارع وطلب التأخير (أجل) بضم فكسر مثقلا (ثلاثاً) من الأيام (للنقد) أى دفع الثمن ، فان أتى به فيها ثم أخذه بها (وإلا) أي وإن لم يأت بالثمن في الأيام الثلاثة (سقطت) شفعته ورجع الشقص لمشتريه إلا أن يرضي المشتري بتسليمه للشفيع واتباعه بثمنه . ابن المواز أخذ بالشفعة وطلب التأخير بالثمن فأخره السلطان اليومين والثلاثة فلم يأت به إلى ذلك الأجل فالمشتري أحق بها .

وإنِ اتَّحَدَتِ الصَّفْقَةُ وتَعَدَّتِ الحِصَصُ والبَائِعُ : لَمْ تُبَعَّضْ : كَتَعَدُّدِ المُشْتَرِي ، عَلَى الأَصَحِّ ،

(وإن) اشترى شخص اشقاصاً من عقارات من أشخاص (اتحدت الصفقة) أي عقد الشراء (وتعددت الحصص) المشتراة كنصف دار وثلث خان وسدس حائط (و) تعدد (البائع) وأراد الشفيع أن يأخذ البعض ولم يرض المشتري (لم تبعض) بضم الفوقية وفتح الموحدة والعين المهملة ، أي ليس للشفيع أخذ بعض الحصص بالشفعة وترك بعضها « ق » فيها لابن القاسم لو اشترى رجل ثلاثة اشقاص من دار أو دور في بلد أو بلدان من رجل أو من رجال وذلك في صفقة واحدة وشفيع ذلك واحد فليس له أن يأخذ إلا الجميع أو يسلم ، ولو ابتاع ثلاثة ما ذكرنا واحداً ومن ثلاثة في صفقة والشفيع واحد فليس له أن يأخذ من أحدهم دون الآخر ، وليأخذ الجميع أو يدع وقال أشهب وسحنون في غير المدونة له أن يأخذ من أحدهم وقاله ابن القاسم مرة ورجع عنه ابن يونس. بعض الفقهاء كلام أشهب هو الصحيح .

وشبه في عدم التبعيض فقال (كتعدد المشتري) شقصاً أو أشقاصاً من واحد أو متعدد في صفقة واحدة ، فليس للشفيع أن يأخذ بالشفعة من بعضهم فقط ، بل إما أن يأخذ من جميعهم أو يدع لجميعهم (على الأصح) عند بعض الفقهاء غير الأربعة وهو الذي رجع اليه ابن القاسم ومقابله لأشهب وسحنون ، وقاله ابن القاسم ثم رجع عنه ، وصححه بعضهم « غ » هو أي المصنف باقتصاره على مــذهب المدونة مستغن عن قوله على الأصح ، فلو قال عوضاً من هذا كله ولو تعـدد المشتري لكان أبين وأوجز ، وقال غــيره لو قال كتعدد المشتري وصحح خلافه لكان أولى وأفيد « ق » أنظر قوله على الأصح إنمـــا ينبغي أن يقوله لو لم يقتصر على نص المدونة .

الحط مفهوم قوله اتحدت الصفقة أنها لو تعددت لكان الحكم خلاف ذلك وهو كذلك ففيها ومن إشترى حظ ثلاثة من دار في ثلاث صفقات فللشفيع أن يأخذ ذلك كله أو يأخذ الأولى لم يشفع معه فيها المبتاع وإن أخذ الثانية كان للمبتاع معه الشفعة بقدر حصة

صفقته الأولى فقط، وإن أخذ الثالثة خاصة شفع فيها بالأولى والثانية .

(فرع)

لو تعدد الشفيع فقط ففيها من ابتاع شقصاً من دارين في صفقة وشفيع كل دار على حدة فسلم أحدهما فللآخر أن يأخذ شفعته في التي هو شفيعها دون الأخرى. أبو الحسن تعددهنا الشفيع والصفقة واحدة والبائع واحد والمبتاع واحد ، وانظر لم يجعل للمبتاع والبائع حجة بتبعيض صفقته ، وظاهره وإن كان الجزء المأخوذ بالشفعة جل الصفقة ، ولعله إنما جرى على القول بأن الشفعة ابتداء بيع .

(فرع)

لو تعدد الشفيع مع تعدد البائع ففي النواد ابن القاسم وأشهب من ابتاع حظاً من دار رجل من رجل وحظاً من حائط من آخر وشفيعهما واحد فليس للشفيع إلا أخذ الجميع أو يترك . ابن عبدوس عبد الملك محمد أنا أنكر أن يجمع الرجلان سلعتيهما في صفقة واحدة وليرد ذلك إن علم به المشتري ما لم يفت بحوالة سوق أو بيع أو يأخذ الشفعة فينفذ ويقسم الثمن على القيمتين . أشهب وكذا إن كانت الشفعاء جماعة فليس لهم أن يأخذوا النخل دون غيرها ، فأما أخذوا الجميع أو تركوا ، فإن أخذوا الجميع على أن النخل لأحدهما وللآخر الدور فليس للمشتري أن يأبى ذلك ولا حجة له وليس بقياس ، وهو استحسان ، ونقله ابن عرفة أيضاً ولا منافاة بين هذا وبين ما في المدونة ، فإن في هذا تعدد الشفعاء واشتركوا في كل حصة والله أعلم .

وعطف على المشبه في عدم التبعيض مشبها فيه فقال (وكأن) بفتح الهمز وسكون النون حرف مصدري صلته (أسقط بعضهم) أي الشفعاء حقه في الشفعة فليس لباقيهم التبعيض ، بل إما أن يأخذ الجميع أو يدعه (أو غاب) بعضهم فليس للحاضر، إلا أخذ الجميع أو تركه . « ق » فيها لمالك « رض » من ابتاع شقصاً له شفيعان فسلم أحدهما فليس للآخر أن يأخذ بقدر حصته إذا أبى عليه المبتاع ، فإما أخذ الجميع أو تركه ، وإن شاء هذا القائم أخذ الجميع فليس للمبتاع أن يقول لا تأخذ إلا بقدر حصتك ومن ابتاع شقصاً

أَوْ أَرَادَ ٱلْمُشْتَرِي ، وَلِمَنْ حَضَرَ حِصَّتُهُ ، وَهَلِ ٱلْعُهْدَةُ عَلَيْهِ ، أَوْ عَلَى ٱلْمُشْتَرِي ، أَوْ عَلَى ٱلْمُشْتَرِي فَقَطْ : كَغَيْرِهِ ، وَلَوْ أَقَالَهُ ٱلْبَائِعُ

من دار له شفعاء غيب إلا واحداً حاضراً فأراد أخذ الجميع ومنعه المبتاع أخذ حظوظ الغياب ، أو قال له المبتاع خذ الجميع ، وقال الشفيع لا آخذ إلا حصتي ، فإن للشفيع في الوجهين أن يأخذ الجميع أو يتركه. وإن قال الشفيع أنا آخذ حصتي وإذا قدم أصحابي فإن أخذوا شفعتهم وإلا أخذت لم يكن له ذلك إما أن يأخذ الجميع أو يدع ، فإن سلم فلا آخذ له مع أصحابه إن قدموا ولهم أن يأخذوا الجميع او يدعوا فان سلموا الا واحدا قيل له خذ الجميع أودعه ، ولو أخذ الحاضر الجميع ثم قدموا فلهم أن يدخلوا كلهم معه إن أحبوا أو الصغير إذا لم يكن له من يأخذ الشفعة كالغائب وبلوغه كقدوم الغائب .

(او أراده) أي التبعيض (المشتري) وأباه الشفيع فلا يجاب المشتري إلا برضا الشفيع (و) إن أخذ الحاضر جميع ما يشفع فيه هو وشريكه الغائب ثم حضر الغائب فـ (لمن حضر) بعد غيبته من الشفعاء (حصته) من المشفوع فيه الذي أخذه الحاضر ان إن أحب الأخذ فيها لو أخذ الحاضر الجميع ثم قدموا فلهم أن يدخلو كلهم معه إن أحبوا فيأخذوا بقدر ما كان لهم من شفعتهم .

(و) اختلف في جواب (هل العهدة) أي ضمان ثمن حصة من حضر بعد غيبته ان ظهر فيها عيب أو استحقت (عليه) أي الشفيع الذي حضر ابتداء وأخذ الجميع ، لأن الذي حضر بعد غيبته إنما أخذ حصته منه لا من المشتري، ولأن الذي حضرها لو أسقط شفعته فلا ترجع للمشتري ، بل تبقى لمن هي بيده وهو الحاضر ابتداء (أو) العهدة (على المشتري) لأن الشفيع الأول إنما أخذ من المشتري حصة الغائب نيابة عنه، وشبه في كون العهدة على المشتري فقال (كـ) عهدة (غيره) أي من حضر بعد غيبته وهو الحاضر ابتداء فعهدته على المشتري ان لم يقله البائع ، بل (ولو أقاله) أي البائع المشتري فلا تسقط الشفعة بالاقالة ، وعهدة الشفيع على المشتري والاقالة هنا غير معتبرة لاتهامهما على إسقاط

الشفعة ، هذا مذهب المدونة ، وأشار بولو لقول الامام مالك «رض» أيضاً بخير الشفيع في جعل عهدته على البائع او على المشتري بناء على أن الشفعة هنا بيع ، وهذا الخلاف في كل حال إلا (أن) بفتح الهمز وسكون النون حرف مصدري صلته (يسلم) بضم ففتح فكسر مثقلا الشفيع شفعته للمشتري ويترك الأخذ بها (قبلها) أي الاقالة ، ثم أقال البائع المشتري أو عكسه، فان أخذ الشفيع بعد الاقالة من البائع فعهدته عليه . ابن المواز لأنها صارت بيعاً حادثاً. عياض باتفاق ، وأما لو سلم بعدها فلا شفعة لإسقاطه حقه، وليس ثم موجب يأخذ به في الجواب (تأويلان) فيما قبل الكاف .

«غ» قوله وهل العهدة عليه وعلى المشتري او على المشتري فقط هكذا في بعض النسخ، وبه تصح المسألة على ما ذكر ابن رشد في المقدمات ، ونصها عهدة الشفيع على المشتري لا على البائع ، سواء أخذها من يد البائع قبل القبض او من يد المشتري بعده ، هذا ما ذهب اليه مالك وأصحابه رضي الله تعالى عنهم، واذا باع المبتاع الشقص أخذه الشفيع ممن شاء منهما ، وكذلك قال أشهب اذا غاب الشفعاء الا واحداً فأخذ جميع الشفعة ثم جاء أحد الغيب كان مخيراً في كتب عهدته ان شاء على المشتري ، وإن شاء على الشفيع ، لأنه كان مخيراً في الأخذ فهو كمشتر من المشتري . وان جاء ثالث كان مخيراً ان شاء كتب عهدته على المشتري ، وان شاء على الشفيع الأول ، وإن شاء عليه وعلى الثاني .

فقيل قول أشهب هذا خلاف مذهب ابن القاسم وأنه لا يكتب عهدته على مذهب ابن القاسم الا على المشتري ، وليس ذلك بصحيح عندي ، والصواب ان قول أشهب مفسر لمذهب ابن القاسم ، فقول المصنف هل العهدة عليه او على المشتري هو التأويل الذي اختاره ابن رشد ان القادم مخير ، فأوفيه للتخيير، وقوله او على المشتري فقط هو التأويل الذي ذكره ابن رشد ، وقطع به عبد الحق في النكت ، وعلى هذه الصورة ذكر التأويلين في التوضيح ، فلعل بعض من نسخ من المبيضة ظن تكرار احدى الجملتين

وَقُدِّمَ مُشَارِكُهُ في السَّهْمِ ، وإنْ كَأُخْتٍ لِأَبٍ أَخَذَتْ سُدُساً ،

فأسقطها ، وهذا مختل لأن مقتضاه ان التأويل الأول تعيين عهدة القادم على الشفيع الأول ، ولم أر من قاله ، ولا يخفى على من مارس اصطلاحه في هذا المختصر ان التشبيه في قوله كغيره راجع للتأويل الثاني فقط ، وأن قوله تأويلان راجع لأول الكلام ا هـ .

وفيها للامام مالك «رض» من اشترى شقصاً ثم استقال منه فللشفيع الشفعة بعهدة البيع وتبطل الاقالة ، وليس له الأخذ بعهدة الاقالة ، والاقالة عند الامام مالك «رض» بيع حادث في كل الأشياء إلا في هذا . ابن المواز لأنه ينزل أمره على أنه هرب من العهدة . أشهب والقياس عندي أن يأخذ من أيها شاء ، ولو قال قائل لم أعبه ولكن الاستحسان أن لا تكون له شفعة إلا على المشتري لفراره من العهدة فيها وإن سلم الشفيع شفعته صحت الاقالة .

ابن المواز وإذا سلم الشفيع شفعته ثم تقابل المتبايعان كان للشفيع الشفعة بعهدة الاقالة من البائع ، وتصير بيعاً حادثاً لزوال التهمة . المصنف وغيره كل هذا إذا كانت الاقالة بمثل الثمن ، فإن كانت بزيادة أو نقص فالشفعة بأي البيعتين شاء اتفاقاً . الباجي التولية والشركة كالإقالة .

(و) إن تعدد شركاء من باع شقصه في عقار ينقسم ، واختلفوا في الدرجات (قدم) بضم فكسر مثقلاً في أخذ الشقص البيع بالشفعة ونائب فاعل قدم (مشاركه) أي البائع (في السهم) أي الفرض على مشاركة الأجنبي وعلى مشاركه في أصل الأرث ، كدار بين أجنبيين مات أحدهما عن جدتين وزوجتين وشقيقتين فباعت إحدى النساء شقصها فتختص شريكتها في فرضها بالشفعة ، فان تركت شفعتها اختص باقي الورثة ، فان تركوها فهي للأجنبي إن كان المشارك في السهم إحدى جدتين او زوجتين او شقيقتين مثلا ، بل (وان) كان (كأخت لأب أخذت سدساً) مع أخت شقيقة أخذت نصفاً ، لأن السدس مع النصف فرض واحد وهو الثلثان فان باعت الشقيقة شقصها فالشفعة فيه للأخت للأب وعكسه .

وَدَخَلَ عَلَى غَيْرِهِ : كَذِي سَهْمٍ عَلَى وَارِثٍ ،

(ودخل) ذو السهم (على غيره) أي ذي السهم من عاصب وأجنبي، ومثل للدخول فقال (كذي) أي صاحب (سهم) أي فرض (على وارث) عاصب أفاده تت . طفي تقريره بذي السهم وجعل قوله كذي سهم على وارث مثالاً تنبو عنه عبارة المصنف ، لأن المعهود في المثال أن يتقدمه عموم يندرج المثال فيه، وهنا ليس كذلك،وتبع تت الشارح، والصواب أن المراد بقوله ودخل على غيره ، أي الأخص غير ذي السهم بدليل ما بعده ، لأن المراد بقوله وقدم مشاركه في السهم أي الحظ سواء كان فرضاً أم لا ، وعلى هذا حمل المصنف في توضيحه قول ابن الحاجب ويدخل الأخص على الأعم فانه قال لو حصلت شركة بوراثة عن وراثة لكان أهل الوراثة السفلى أولى ، نص عليه في المدونة في إرث ثلاثة بنين داراً ثم مات أحدهم عن أولاد ، فان باع أحد أولاد الولد شقصه منها قدم أخوته في الشفعة ثم أعمامه ثم شركاؤه فيها لو باع أحد الأعمام فالشفعة لبقيتهم مع بني أخيهم اقيامهم مقام أبيهم ، فنص على ان الأخص يدخل على الأعم ، واليه أشار بقوله ويدخل الأخص على الأعم ا هـ كلام ضيح ، فهذا مراده في مختصره، ويحمل كلامه عليه يشتمل على ثلاث مسائل ، كقول ابن الحاجب والشريك الأخص أولى على المشهور ، ويدخل الأخص على الأعم ، وفي دخول ذوى السهام على العصبة قولان ، والمصنف ينسج على منواله .

وقال «غ» ودخل الأخص على غيره من ذوي الفروض ، وأما دخوله على العاصب فأفاده بقوله بعد كذي سهم على وارث أي عاصب ورده تت في كبيره، قال غير ظاهر وإلا لدخلت الزوجات في الفرض السابق مع البنات ا هـ ، وهذا لا يرد على «غ» ،لأن هذا علم من قوله وقدم مشاركه في السهم ، نعم يرد عليه أنه لا خصوصية للأخص في دخوله علي ذوي الفروض ، بل كذلك غيره من الورثة فتقل جدوى كلام المصنف ، إذ هو في الاختصاص ولا اختصاص هنا كما يأتي ، وان كان هذا خلاف ظاهر قول ابن الحاجب والشريك الأخص أولى على المشهور ، فان أسقط فالأعم كالجدتين والزوجتين والأختين ثم بقية الورثة ثم الأجانب فجعل المراتب أربعاً ، وبه قرره في توضيحه .

وَوَارِثٌ عَلَى مُوصىً لَهُمْ ، ثُمَّ ٱلْوَارِثُ ، ثُمَّ ٱلأَجْنَبِيُّ ،

قال قوله فان أسقط هو تفريع على المشهور فتكون لبقية ذوي السهام ثم لباقي الورثه أي العصبة ان كان في الفريضة عصبة ، فان أسقط العصبة فالشركاء الأجانب اه، وتبعه ابن فرحون وهو غير صحيح ، بل أسقط الأخص المشارك في السهم دخل جميع الورثة ذو السهم والعصبة، ففي الجواهر فان باعت احدى الجدتين او الأختين او الزوجتين شفعت الأخرى خاصة ، فان سلمت شفع بقية أهل السهام والعصبة ، فان سلموا شفعت الشركاء الأجانب ا هـ .

ويأتي مثله في سماع يحيى ، واقره ابن رشد وفي كتاب محمد وغيره (١) ويأتي نصه ، وتعقب ناصر الدين ضيح فيما قاله ، وقرره ابن عبد السلام على الصواب ، فقد اتضح لك مساواة جميع الورثة عاصباً وذا سهم في حصة البائع إن أسقط شريكه الأخص ، فأين يكون الأخص يدخل على ذوي الفروض ويختص بذلك ، لأن الكلام في امتيازه بحظ شريكه وبدخوله على غيره ، ولذا قال ابن عبد السلام في قول ابن الحاجب ويدخل الأخص على الأعم ما نصه لما قرر أن الشريك الأخص أولى من غيره ، وأنه إذا باع أحد الأخصين فلا دخول للأعم ، بين هنا أن للاخص مزية أخرى ، وأنه إذا باع أحد الأعمين فلا يختص بالشفعة الأعم ، بل يدخل معه الشريك الأخص ا هـ ، ولا يكون هذا إلا فيما ذكرنا عن المدونة ، والله أعلم .

(و) دخل (وارث على موصى لهم ثم) يلي المشارك في السهم إذا ترك الشفعة (الوارث) ثم الموصى له (ثم الأجنبي) «ق» ابن شاس إن كان في الشركاء من له شريك

---

(١) (قوله وفي كتاب محمد وغيره) نصه لو ترك الميت زوجات وجدات وأخوة لأم وعصبة فباعت احدى الجدات او بعض أهل السهام المفروضة نصيبه فالشفعة لبقية أشراكه في ذلك السهم دون غيرهم ، فان سلم بقية أهل السهم كان بقية الورثة من أهل السهام والعصبة سواء في تحاصصهم في هذا الحق المبيع لانهم إنما ينتسبون اليه بالميت فلا فضل لاهل السهام على العصبة .

أخص من غيره من الأشراك فهو أشفع وأولى ممن له شرك أعم ، وذلك كأهل المورث الواحد يتشافعون بينهم دون الشركاء الأجانب ، ثم أهل السهم الواحد أولى من بقية أهل الميراث ، وبالجملة فكل صاحب شرك أخص فهو أشفع إلا أن يسلم فيشفع صاحب الشرك الذي يليه ، أي الذي هو أعم منه ، فإن سلم أيضاً شفع من هو أبعد منه ، وفيها للامام مالك «رض» لو ترك داراً بينه وبين رجل وورثته عصبة فباع أحدهم حصته قبل القسمة فبقيتهم أحق بالشفعة من الشريك الأجنبي ، لأنهم أهل مورث ، فإن سلموا فللشريك الأخذ ، وإن ترك أختاً شقيقة وأختين لأب فأخذت الشقيقة النصف وأخذت الاختان لأب السدس تكملة الثلثين فباعت احدى الأختين لأب فالشفعة بين الأخت الأخرى للاب وبين الشقيقة ، إذ هن أهل سهم واحد . وإن باعت الشقيقة فاللتان للاب أحق من العصبة وإن باع العصبة فهن كلهن في الشفعة سواء في المجموعة ، وإن باع جميع الأخوات لأب فالشقيقة أحق من العصبة .

وفيها للامام مالك «رض» إذا ورث الجدتان السدس فباعت إحداهما فالشفعة لصاحبتها دون ورثة الميت لأنهما أهل سهم واحد . ابن الحاجب ودخل الأخص على الأعم ، وفي دخول ذي السهام على العصبة قولان ، وفيها للامام مالك «رض» إن ترك ابنتين وعصبة فباعت إحدى البنتين فأختها أشفع من العصبة لأنهما أهل سهم ، فإن سلمت فالعصبة أحق ممن أشركهم بملك لأنهم أهل مورث، ولو باع أحد العصبة فالشفعة لبقية العصبة والبنات، لأن العصبة ليس لهم فرض مسمى .

وفي كتاب محمد وغيره لو ترك الميت جدات وزوجات وأخوة لأم وعصبة فباعت إحدى الجدات أو بعض أهل السهام المفروضة نصيبه فالشفعة لبقية أشراكه في ذلك السهم دون غيرهم ، فان سلم بقية أهل السهم كان بقية الورثة من أهل السهام والعصبة سواء في تحاصصهم في هذا الحق المبيع ،لأنهم إنما ينتسبون اليه بالميت فلا فضل لأهل السهام على العصبة ، فإن سلم جميع الورثة فالشركاء بعدهم .

ابن القاسم وقد كان الامام مالك «رض» يقول مرة في العصبة أهل سهم ، أصبغ ثم

ثبت على أن السهم المفروض هم الذين يتشافعون خاصة وعليه جماعة الناس . وروى أشهب من أوصى لقوم بثلث حائطه أو بسهم معلوم فيبيع بعضهم، فإن شركاءه أحق بالشفعة فيما باع من بقية الورثة . ابن القاسم للورثة الدخول معهم كالعصبة مع أهل السهام. ابن الحاجب الشريك الأخص أولى ثم بقية الورثة ثم الأجانب . ابن القاسم إن باع بعض الموصى لهم دخل مع بقيتهم أهل الميراث .

(و) إن تعدد البيع في الشقص ولم يعلم الشفيع أو كان غائباً (أخذ) الشفيع الشقص (بأي بيع) شاء الأخذ به (وعهدته) أي ضمان ثمنه إن استحق أو ظهر عيبه (عليه) أي من أخذ بشرائه . «ق» فيها للامام مالك «رض» من ابتاع شقصاً ثم باعه وتداولته الأملاك فللشفيع أخذه بأي صفقة شاء ، وينقض ما بعدها وإن أخذه بالبيع الأخير ثبتت البيوع كلها . أشهب إن تبايعه ثلاثة فأخذها من الأول كتب عهدته عليه ودفع من ثمن الشقص إلى الثالث ما اشتراه به ، لأنه يقول لا أدفع الشقص حتى أقبض ما دفعت فيه، ويدفع فضله إن كان للاول وإن فضل للثالث شيء مما اشتراه به رجع به على الثاني ، ولا تراجع بين الأول والثاني لتمام بيعهما ، وإن أخذها من الثالث كتب عهدته عليه وتم ما قبله من بيع .

(ونقض) بضم فكسر فضاد معجمة أي فسخ (ما) أي البيع الذي (بعده) أي البيع الذي أخذ الشفيع به ، وثبت ما قبله سواء اتفقت الأثمان أو اختلفت ، فان أخذ بالاول نقض جميع ما بعده ، وبالوسط تم ما قبله ونقض ما بعده وبالاخير تمت البياعات كلها (وله) أي المشتري المأخوذ منه بالشفعة (غلته) أي الشقص المشفوع فيه التي استغلها قبل أخذه منه بالشفعة ، لانه كان ضامناً له . في الحديث الخراج بالضمان «ق» فيها للامام مالك «رض» من اشترى شقصاً من أرض فزرعها فللشفيع أخذه بالشفعة ولا كراء له والزرع للزارع ، ومن ابتاع نخلا لا ثمر فيها فاغتلها سنين فلا شيء للشفيع من الغلة .

(و) إن أكرى المشتري الشقص وجيبة أو مشاهرة وقبض كراء أشهر ثم أخذ منه

وَفِي فَسْخِ عَقْدِ كِرَائِهِ : تَرَدُّدٌ ، وَلَا يَضْمَنُ نَقْصَهُ ، فَإِنْ هَدَمَ وَبَنَى فَلَهُ قِيمَتُهُ قَائِماً ، وَلِلشَّفِيعِ : النَّقْضُ

بالشفعة قبل انقضاء مدة الكراء ف(في فسخ عقد كرائه) أي المشتري وبه أفتى ابن عتاب وجماعة وعدم فسخه ، وبه أفتى ابن مغيث وجماعة آخرون (تردد) للمتأخرين في الحكم لعدم نص المتقدمين عليه ، مبناه هل الشفعة استحقاق قاله القرطبيون أو بيع قاله الطليطليون . « ق » تردد ابن سهل إن أكرى الشقص مشتريه ثم قام الشفيع فأخذه فهل له أن يفسخ ذلك الكراء ، أفتى ابن مغيث وغيره بعدم فسخه ، وافق ابن عتاب وغيره بفسخه ، ونص ابن سهل إن أكرى الشقص مشتريه ثم قام الشفيع نزلت بطليطلة وأكراه لعشرة أعوام ، فأفتى ابن مغيث وابن رافع رأسه وغيرهما بأنه ليس له فسخ الكراء ، إنما له الاخذ بالشفعة كعيب حدث بالشقص .

الشارقي وكتبتها إلى قرطبة فأفتى ابن عتاب وابن القطار وابن مالك أن له الاخذ بالشفعة وأن يفسخ الكراء ، وقد نزلت مرة اخرى فأفتى فيها ابن عتاب بفسخ الكراء إلا في المدة اليسيرة كشهر ، هذا إن علم المبتاع أن له شفيعاً وإلا فلا يفسخ إلا في الوجيبة الطويلة وأما فيما يتقارب كالسنة ونحوها فذلك نافذ لأنه فعل ما جاز له . ابن سهل هذا رجوع منه عما حكاه الشارقي عنهم .

(و)إن نقص الشقص عند المشتري قبل أخذه بالشفعة بتغير سوق أو بدن أو صفة ولو بفعل المشتري لصحة ملكه وأخذه الشفيع بالشفعة ف(لا يضمن) المشتري للشفيع (نقصه) بفتح النون وإهمال الصاد ، أي ما نقص من الشقص . « ق » فيها مع غيرها لا يضمن المبتاع للشفيع ما حدث عنده في الشقص من هدم أو حرق أو غرق أو ما غار من عين أو بئر ، ولا يسقط عن الشفيع شيء من الثمن لذلك إما أخذه وإما تركه .

(فإن هدم) المشتري الشقص (وبنى) المشتري بدل ما هدمه ثم أخذه الشفيع بالشفعة (فله) أي المشتري (قيمته) أي البناء حال كونه (قائماً) يوم قيام الشفيع لتصرفه في ملكه مع ما يخص قيمة العرصة بلا بناء من الثمن الذي اشترى به (وللشفيع

النقض) بضم النون وإعجام الضاد إن كان باقياً بعينه ولم يدخله فيا بناء وإلا فقيمته يوم الشراء . « ق » فيها لو هدم المبتاع وبنى قيل للشفيع خذ بجميع الثمن ، وقيمة ما عمر فيها أشهب يوم القيام وله قيمة النقض الأول منقوضاً يوم الشراء يحسب كم قيمة العرصة بلا بناء ، وكم قيمة النقض مهدوماً ثم يقسم الثمن على ذلك ، فإن وقـــع النقض نصفه او ثلثه فهو الذي يجب للشفيع على المشتري ، ويحط عنه من الثمن ، ويغرم ما بقي مـــع قيمة البناء قائماً .

ابن المواز هذا قول الإمام مالك وأصحابه رضي الله تعالى عنهم فإن لم يفعل فلا شفعة له ، قيل لابن المواز كيف يمكن إحداث بناء في مشاع قال قد يكون قد اشترى الجميع فانفق وبنى وغرس ، ثم استحق رجل نصف ذلك مشاعاً ، أي وأخـــذ النصف الباقي بالشفعة أو يكون شريك البائع غائباً فيرفع المشتري إلى السلطان يطلب القسم والقسم على الغائب جائز ، ولا يبطل شفعته اه .

« ق » وعبارة تت قيل لمحمد كيف يمكن إحداث بناء في مشاع مـــع ثبوت الشفعة والحكم بقيمة البناء قائمـــاً ، وذلك لأن الشفيع إن كان حاضراً فقد أسقط شفعته وإن كان غائباً فالباني متعد فلا يكون له قيمة البناء قائماً فالحكم بثبوت الشفعـــة وبقيمة البناء قائماً متنافيان .

« غ » وقد انفصل المصنف هنا بخمسة أجوبة ، أحدها أن يكون أحـــد الشريكين غاب ووكل في مقاسمة شريكه فباع شريكه نصيبه ثم قاسم الوكيل المشتري ولم يأخذ لموكله بالشفعة . ثانيها : أن يكون الشفيع غائباً وله وكيل على التصرف في أمواله فباع الشريك فلم ير الوكيل الأخذ بالشفعة وقاسم المبتاع ، وقد أشار إن هذين معا بقوله (إما) بكسر الهمز وشد الميم (لغيبة شفيعه) أي الشقص حين اشترائه (فقاسم وكيله) أي الشفيع الغائب المشترى في العقار المشترك بينهما فهدم المشتري وبنى ثم قدم الشفيع وأراد الأخذ بالشفعة والوكيل صادق بوكيل على مقاسمة شريك سابق على شراء الشقص ، وبوكيل على التصرف في المال .

أو قاضٍ عنهُ، أو أسقطَ لكذبٍ في الثّمنِ، أو استُحِقَّ نصفُها،

ثالثها : ان يكون الشفيع غائبا ويرفع المشتري إلى الحاكم ويطلب منه القسمة بينه وبين الغائب والقسم عليه جائز فقسم عليه بعد الاستقصاء، وضرب الأجل وهو لا يبطل شفعته فهدم المشتري وبنى ثم قدم الغائب فله الأخذ بها وإليه أشار بقوله (أو) قاسم (قاض عنه) أي الغائب .

رابعها : أن يكذب المشتري في الثمن فيترك الشفيع ويقاسم المشتري ثم يتبين كذبه ويأخذ الشفيع بالشفعة ، وإليه أشار بقوله (أو ترك) الشفيع الأخذ بالشفعة (لكذب في الثمن) وقاسم المشتري فهدم وبنى .

خامسها : أن يكون قد اشترى الجميع فهدم وبنى وغرس ثم استحق نصفها وأخذ نصفها الآخر بالشفعة ، وإليه أشار بقوله (او) اشترى الدار كلها وهدم وبنى ثم (استحق) بضم المثناة وكسر الحاء المهملة (نصفها) أي الدار ، فالثالث والخامس ذكرهما ابن يونس عن ابن المواز ، وباقيها ذكره ابن شاس ، وزاد سادسا وهو ان يقول المشتري وهبني الشريك الشقص بغير ثواب فيقاسمه الشفيع ثم يثبت بعد الهدم والبناء الشراء فاما جوابا ابن المواز فصحيحان إلا ان ابن عرفة قال في قسم القاضي يريد أنه قسم عليه على أنه شريك غائب فقط لا على انه وجبت له شفعة ، ولو علم ذلك لم يجز له ان يقسم عليه ، إذ لو جاز قسمه لكان كقسمه هو بنفسه ، إذ لا يجوز ان يفعل الحاكم عن غائب إلا ما يجب على الغائب فعله ، فلو جاز قسمه عليه مع علمه بوجوب شفعته لما كانت له شفعة ، ولما تقررت شفعته لغائب لقدرة المشتري على إبطالها بهذا .

وأما أجوبة ابن شاس فقبلها ابن الحاجب وابن عبد السلام وابن هارون واعترضها ابن عرفة بأن الأول إن كان معناه أنه وكل في مقاسمة شريكه المعين لا في مقاسمته مطلق شريك ، فهذا راجع لأحد جوابي محمد ، لأنه راجع للقسم عنه لظن القاسم صحته ، فبان خطؤه وإن كان معناه أنه وكله في مقاسمة مطلق شريك فلا شفعة له فامتنع كونه تصويراً للمسألة .

والثاني واضح رجوعه لأحد جوابي محمد أيضاً ، لأنه راجع للقسم عنه لظن القاسم صحته فبان خطؤه .

والرابع والسادس باطلان في أنفسهم ، لأن كذب المشتري في دعوى الثمن الكثير ، وفي دعوى الهبة يصير متعدياً في بنائه كغاصب بيده عرصة بنى بها بناء ، وهو يدعي أنه مالك ، فبان أنه غاصب ، فحكمه في بنائه حكم الغاصب المعلوم غصبه ابتداء ، وقد استشكل في التوضيح هذين الجوابين أيضاً ، فقال وانظر لم لم يجعل المشتري إذا كذب في الثمن أو ادعى أنها صدقة ونحوها ، ثم تبين خلاف ذلك كالمتعدي ولعله الأظهر فلا يكون له إلا قيمة النقض، فلعل كلامهم محمول على ما إذا كان ما أظهر من الثمن من خلاف المشتري اﻫ ، وهذا الحل لا يقبله لفظ ابن شاس ، ويقبله لفظ المصنف هنا . وزاد أبو الحسن الصغير بجوابين آخرين ، فقال أو يكون قسم مع رجل زعم أنه وكيل الغائب أو يكون العقار بين أحدهم غائب فباع أحد الحاضرين نصيبه فقسم المشتري مع الحاضر يظن أنه ليس له شريك غيره .

(وحط) بضم الحاء المهملة وشد الطاء المهملة أي أسقط (عن) الشخص (الشفيع ما) أي القدر الذي (حط) عن المشتري من الثمن (لـ) ظهور (عيب) بالشقص (أو) ما حط (لهبة) ونحوها كتبرع (إن حط) ذلك القدر (عادة) بين الناس (أو) لم يحط عادة و (أشبه الثمن) المعتاد بين الناس لمثل الشقص الباقي (بعده) أي ما حط عن المشتري من الثمن كشراء الشقص بألف وحط البائع تسعمائة منه والمائة الباقية ثمن معتاد لمثله فتحط التسعمائة عن الشفيع ويأخذه بمائة .

« ق » ابن شاس لو وجد المشتري بالشقص عيباً بعد أخذ الشفيع لم يكن له طلب أرشه ، فإن رده الشفيع عليه به رده هو حينئذ على بائعه ، ولو اطلع على عيبه قبل أخذ الشفيع إلا أنه حدث عنده عيب منعه من رده فأخذ أرش العيب القديم ، فذلك الأرش يحط عن الشفيع قولاً واحداً ، وفيها من اشترى شقصاً بألف درهم ثم وضع عنه البائع تسعمائة درهم بعد أخذ الشفيع أو قبله نظر ، فإن أشبه أن يكون ثمن الشقص بين الناس مائة درهم إذا تغابنوا بينهم ، أو اشتروا بغير تغابن وضع ذلك عن الشفيع ، لأن ما أظهرا من الثمن الاول إنما كان سبباً لقطع الشفعة وإن لم يشبه أن يكون ثمنه مائة .

وإنِ أُسْتُحِقَّ الثَّمَنُ ، أو رُدَّ بِعَيْبٍ بَعْدَهَا : رَجَعَ الْبَائِعُ بِقِيمَةِ شِقْصِهِ ، وَلَوْ كانَ الثَّمَنُ مِثْلِيّاً

ابن يونس أراد مثل أن يكون ثمنه ثلاثمائة أو أربعمائة لم يحط للشفيع شيئاً وكانت الوضيعة هبة للمبتاع . وقال في موضع آخر إن حط عن المبتاع ما يشبه أن يحط في البيوع وضع ذلك عن الشفيع وإن كان لا يحط مثله فهي هبة ، ولا يحط عن الشفيع شيئاً ، ابن يونس وهذا والاول سواء .

(وإن استحق) بضم المثناة وكسر الحاء المهملة (الثمن) المدفوع في الشقص وهو مفهوم كعبد أو عرض أو الثمن المثلي بعد أخذ الشفيع بالشفعة بقيمة المقوم أو بمثل المثلي رجع البائع المستحق من يده على المبتاع بقيمة شقصه (أو رد) بضم الراء وشد الدال الثمن المقوم أو المثلي على المشتري (بعيب بعد) الاخذ (بها) أي الشفعة تنازع فيه استحق ورد (رجع البائع) على المشتري (بقيمة شقصه) لانه خرج من يده هو وبدله إن كان الثمن مقوماً بل (ولو كان الثمن مثلياً) قاله محمد وسحنون وغيرهما ، وصوبه جماعة ، وأشار بولو لما في كتاب محمد يرجع بمثل المثلي المستحق أو المعيب .

« ق » فيها للامام مالك رضي الله تعالى عنه من ابتاع شقصاً من دار بعبد بعينه فمات بيده فمصيبته من بائع الشقص والشفيع أخذه بقيمة العبد وعهدته على المبتاع ، لأن الشفعة وجبت له بعقد البيع ، فإن أخذه الشفيع بقيمة العبد ثم وجد بائع الشقص بالعبد عيباً فله رده ، ويأخذ من المبتاع قيمة شقصه وقد مضى الشقص للشفيع بشفعته بخلاف البيع الفاسد الذي تبطل فيه الشفعة ، لأن البيع فسد لعينه والعيب لو رضيه البائع لتم ، وإن استحق العبد قبل قيام الشفيع بطل البيع ولا شفعة في الشقص ، وإن استحق بعد أخذ الشفيع فقد مضى الشقص للشفيع ويرجع بائع الشقص على مبتاعه بقيمة الشقص كاملاً كانت أكثر مما أخذ فيه من الشفيع أو أقل ثم لا تراجع بينه وبين الشفيع ، إذ الشفعة كبيع ثان .

ومن ابتاع شقصاً بحنطة بعينها فاستحقت الحنطة قبل أخذ الشفيع فسخ البيع ولا

إلاَّ النَّقْدَ ، فَمِثْلُهُ ، وَلَمْ يَنْتَقِضْ مَا بَيْنَ الشَّفِيعِ وَالْمُشْتَرِي ، وَإِنْ وَقَعَ قَبْلَهَا بَطَلَتْ ، وَإِنِ اخْتَلَفَا فِي الثَّمَنِ ؛

شفعة في ذلك الشقص ، وكذلك إن ابتاع الحنطة بثمن فاستحقت بطل البيع ورجع بالثمن وليس على بائعها الإتيان بمثلها ، وإن كان الاستحقاق بعد أخذ الشفيع مضى ذلك الأخذ ورجع بائع الشقص على المبتاع بمثل الحنطة . ابن المواز هذا غلط ، بل يرجع بائع الشقص على مبتاعه بقيمة الشقص وقاله سحنون .

(إلا) الثمن (النقد) أي الدنانير أو الدراهم المستحق من يد بائع الشقص او الذي رده بعيب بعد أخذ الشفيع او قبله فيرجع بائع الشقص على مبتاعه بمثله لا بقيمة شقصه . « ق » فيها لابن القاسم إن غصب دراهم واشترى بها شقصاً كانت الشفعة فيه للشفيع ، لانها إن استحقت غرم مثلها ولا ينقض البيع ؛ عب وهذه المسألة قبل الاستثناء من إفراد قوله وفي عرض بعرض بما خرج من يده او قيمته اي إن فات وقد فات الشقص هنا بأخذه بالشفعة ، وتقدم ان المراد بالعرض ما قابل المسكوك ، فهذه المسألة فيها زيادة بيان على ما تقدم ، وهي ان المثلي حكمه حكم المقوم إلا النقد .

(وإن) استحق ثمن الشقص او رد بعيب بعد أخذ الشفيع الشقص بالشفعة (لم ينتقض ما) اي الاخذ بالشفعة الذي حصل (بين الشفيع والمشتري) بقيمة الثمن المقوم ومثل الثمن المثلي هذا قول ابن القاسم ، فيها إذا وجد البائع عيباً في الثمن رده وأخذ قيمة الشقص وقد مضى الشقص للشفيع ، وفيها أيضاً ومضى الشقص للشفيع ولا تراجع بينه وبين المشترى .

(وإن وقع) الاستحقاق أو الرد بعيب لثمن الشقص (قبل) أخذ(ها) أي الشفعة (بطلت) الشفعة لانتقاض البيع الذي حصل بين البائع والمشتري إذا كان الثمن غير نقد وإلا فلا تبطل .

(وإن اختلفا) أي مشتري الشقص وشفيعه (في) قدر (الثمن) الذي اشترى الشقص به بأن قال المشتري مائة وعشرة وقال الشفيع مائة فقط ولا بينة لأحدهما (فالقول

فَالْقَوْلُ لِلْمُشْتَرِي بِيَمِينٍ فِيمَا يُشْبِهُ ؛ كَكَبِيرٍ يَرْغَبُ فِي مُجَاوِرِهِ
وَإِلاَّ فَلِلشَّفِيعِ وَإِنْ لَمْ يُشْبِهَا حَلَفَا وَرُدَّ إِلَى الْوَسَطِ ،

للمشتري فيا يشبه) كونه ثمناً معتاداً لمثل الشقص (بيمين) من المشتري ، سواء أشبه الشفيع أم لا ، وإن لم يشبه المشتري فالقول للشفيع إن أشبه . « ق » فيها لابن القاسم رحمه الله تعالى إذ اختلف الشفيع والمبتاع في الثمن صدق المبتاع لأنه مدعى عليه إلا أن يأتي بما لا يشبه مما لا يتغابن الناس بمثله فلا يصدق إلا أن يكون مثل هؤلاء الملوك يرغب أحدهم في الدار اللاصقة بداره فالقول قوله إذا أتى بما يشبه .

ابن يونس لم يذكر هنا في اختلاف الشفيع والمبتاع يميناً . ابن المواز إن ادعى الشفيع أنه حضر المبايعة وعلم أن الثمن أقل مما ادعى المشتري حلف المشتري وإن كان لا حقيقة عنده فلا يمين على المشتري . ابن يونس هذا صواب ، لأن احلافه من غير تحقيق ضرب من التهم التي لا تلزم اليمين فيها إلا لمن تليق به . ابن القاسم وهذا إن أتى بما يشبه .

ومثل للمشبه فقال (ككبير) قدره من نحو سلطان (يرغب) بفتح التحتية وضمها (في) شراء (مجاوره) كذا في خط المصنف ، وفي بعض النسخ في مجاورته فيزيد في ثمنه لذلك . « غ » يرغب مبني للفاعل ومجاوره بكسر الواو اسم فاعل ، كقول المدونة إلا أن يكون مثل هؤلاء الملوك يرغب أحدهم في الدار اللاصقة به (وإلا) أي وإن لم يأت المشتري بما يشبه (ف)القول (للشفيع) إن أشبه (فإن لم يشبها) أى الشفيع والمشتري (حلف) كل على كل نفي دعوى الآخر،وتحقيق دعواه مقدماً النفي على الإثبات (ورد) بضم الراء وشد الدال الشفيع (إلى) الثمن (الوسط) أى المتوسط بين الناس لمثل الشقص ، بأن يقوم قيمة عدل فيأخذ به إن شاء ، ونكولهما كحلفهما، وإن حلف أحدهما ونكل الآخر قضى للحالف .

« ق » ابن رشد إن أتى المشتري بما لا يشبه وأتى الشفيع بما يشبه فمعنى المدونة أن قول الشفيع . ابن يونس اختلف إن أتى المشتري في ثمن الشقص بما لا يشبه وأتى الشفيع بما لا يشبه ، وأعدل الأقاويل أن يحلفا جميعاً ويأخذ الشفيع بالقيمة . ابن رشد وهذا

وَإِنْ نَكَلَ مُشْتَرٍ ، فَفِي ٱلْأَخْذِ بِمَا ٱدَّعَى أَوْ أَدَّى : قَوْلَانِ ، وَإِنِ ٱبْتَاعَ أَرْضاً بِزَرْعِهَا ٱلْأَخْضَرِ فَٱسْتُحِقَّ نِصْفُهَا فَقَطْ ، وَٱسْتَشْفَعَ : بَطَلَ ٱلْبَيْعُ فِي نِصْفِ الزَّرْعِ لِبَقَائِهِ بِلَا أَرْضٍ :

معنى ما في المدونـــة . اللخمي إن أتيا معاً بما لا يشبه حلفا ورد إلى الوسط فيأخذ بـــه أو يدع .

(وإن) اختلف البائع والمشتري في قدر الثمن بأن قال البائع مائتين والمشتري مائة وقلنا القول للمشتري إن أشبه بيمينه فـ(نكل) شخص (مشتر) عن اليمين وحلف البائع وغرم المشتري مائتين (ففي الأخذ) الشقص بالشفعة (بما) أي القـــدر الذي (ادعى المشتري) وهي مائة في المثال ، لأنه أقر بأنه مائة ، وأن البائع ظلمه في المائة الثانية، وبه قال ابن المواز (أو) بما (أدى) بفتح الهمز والدال مشدداً ، أي دفع المشتري للبائــع وهما المائتان وبــه قال ابن عبد الحكم وأصبغ ، لأن المشتري يقول إنما خلصت الشقص بالمائة الثانية فكأنى اشتريته بمائتين ، ولو حلفت لانفسخ البيع وسقطت الشفعة (قولان) لم يطلع المصنف رحمه الله تعالى على أرجحية أحدهما .

« غ » ليس هذا مفرعاً على اختلاف المشتري والشفيــع ، بل على اختلاف البائــع والمشتري يظهر بأدنى تأمل ، وأشار به لقول ابن يونس . ابن المواز فإن حلف البائع أنه باعه بمائتين ونكل المبتاع لزمه الشراء بمائتين وأخذها الشفيــع بمائة ، لأنــه الثمن الذي أقر به المشتري ، وقال إن البائع ظلمه وأخذ ما ليس عنده له . وقال ابن عبـــد الحكم وأصبغ بأخذ بمائتين . ابن يونس لأن المشتري يقول إنما خلصت الشقص بهذه المائة الثانية ولو حلفت لا نتقض البيع ولم يكن للشفيــع شفعة .

(وإن ابتاع) أي اشترى شخص (أرضاً بـ)شرط دخول (زرعهـــا الأخضر) في الابتياع (فاستحق) بضم التاء وكسر الحاء المهملة (نصفها فقط) أي دون زرعـــه (واستشفع) أي أخذ المستحق النصف الآخر بالشفعه لأنه تبين أنه شريك للبائع (بطل البيع) في نصف الأرض المستحق (وفي نصف الزرع) الذي في النصف المستحق (لبقائه)

كَمُشْتَرِي قِطْعَةٍ مِنْ جِنَانٍ بِإِزَاءِ جِنَانِهِ لِيَتَوَصَّلَ لَهُ مِنْ جِنَانِ مُشْتَرِيهِ ، ثُمَّ اُسْتُحِقَّ جِنَانُ الْمُشْتَرِي ،

أي الزرع (بلا أرض) أي لتبين أنه بيع وحده بلا أرض على التبقية وبيعه كذلك فاسد لغرره .

« ق » فيها للإمام مالك رضي الله تعالى عنه من ابتاع أرضاً بزرعها الأخضر فاستحق نصف الأرض خاصة واستشفع فالبيع في النصف المستحق باطل ، ويبطل في نصف الزرع الذي به لانفراده بلا أرض ، فيرد البائع نصف الثمن للمشتري ويصير له نصف الزرع وللمستحق نصف الأرض ، ثم يخير الشفيع في أخذ نصف الأرض الباقي ، فإن أخذه بالشفعة لم يكن له في نصف الزرع به شفعة ، ورجع للبائع فيصير الزرع كله له. ابن المواز يأخذ نصف الأرض بما يقابله من نصف الثمن بقيمته وقيمة نصف الزرع على غرره يوم الصفقة فإن أخذ نصف الارض بالشفعة كما وصفنا رجع الزرع كله للبائع الذي زرعه ، لأنه صغير لا يحل بيعه بلا أرض ، ويرد البائع الثمن كله إلى المشتري إلا ما أخذ المشتري من الشفيع في نصف الارض ، وعلى البائع للمستحق كراء نصف الارض للمستحق دون ما أخذ بالشفعة إذا استحق في إبان الزراعة .

ابن يونس انكر بعض القرويين قوله رجع الزرع كله للبائع ، وقال للمشتري أن يتمسك بنصف الزرع الذي قابل النصف المأخوذ بالشفعة لانه لم ينقض بيعه ، لان الاخذ بالشفعة كبيع مبتدأ . ابن يونس هذا أصوب .

وشبه في بطلان البيع فقال (ك)شراء شخص (مشتر قطعة من جنان) بكسر الجيم أي بستان (بإزاء) بكسر الهمز ممدوداً ، أي مقابلة (جنانه) أي المشتري (ليتوصل) المشتري (له) أي القطعة ، وذكر ضميرها باعتبار تسميتها مبيعاً مثلاً (من جنان مشتريه) أي الشقص ، وفيه إظهار في محل الضمير (ثم استحق) بضم التاء وكسر الحاء المهملة (جنانه المشتري) « غ » هكذا في جميع النسخ التي رأينا وهو الصواب. والجنان بكسر الجيم جمع جنة بفتحها كقصعة وقصاع وبالله تعالى التوفيق ، فقد أفتى ابن زيد وابن العطار ببطلان بيع القطعة لبقائها بلا ممر موصل إليها ، وفيه إظهار في محل الضمير أيضاً.

وَرَدَّ ٱلْبَائِعُ نِصْفَ ٱلثَّمَنِ وَلَهُ نِصْفُ ٱلزَّرْعِ ، وَخُيِّرَ ٱلشَّفِيعُ أَوَّلاً بَيْنَ أَنْ يَشْفَعَ أَوْ لَا فَيُخَيَّرُ ٱلْمُبْتَاعُ فِي رَدِّ مَا بَقِيَ .

« ق » من الوثائق المجموعة ما نصه أبو عبد الله سألني ابن أبي زيد عمن ابتاع قطيعاً من جنة على أن يصرفه إلى داره ولا يكون له طريق على جنان بائعه وصرفه ثم استحق جنان المبتاع فجاويته بأنه ينقض . ابن أبي زيد نزلت هذه المسألة عندنا بالقيروان فأفتيت فيها بهذا . ابن عات عن أبي العباس الابياني ينفذ البيع وهي مصيبة نزلت بالمبتاع .

وتمم الكلام على مسألة بيع الارض بزرعها الاخضر فقال : (ورد البائع نصف الثمن) للمشتري لبطلان البيع في نصف الارض المستحق وزرعه (وله) أي البائع (نصف الزرع) الذي في النصف المستحق (وخير) بضم الخاء المعجمة وكسر المثناة تحت مشددة (الشفيع) الذي استحق نصف الارض (أولاً) بشد الواو منوناً ، صلة خير ، أي قبل تخيير المبتاع وصلة خير (بين أن يشفع) أي يأخذ النصف الباقي بالشفعة لانه ظهر شريكاً للبائع تجدد عليه ملك المشتري (أو لا) يشفع ، فإن شفع فشفعته في نصف الارض فقط ، والزرع قيل يرجع لزارعه البائع ، وعليه رد الثمن كله للمشتري إلا ما أخذه من الشفيع . وقيل يلزم المشتري بما ينوبه من نصف الثمن ، وصوبه ابن يونس وإن لم يشفع .

(فيخير المبتاع في رد ما بقي) بعد الإستحقاق وهو نصف الأرض بزرعه على البائع والرجوع عليه بجميع ثمنه ، لأنه استحق من يده ما له بال وهو النصف ، وفي التمسك بنصف الارض الباقي بزرعه بما يقابله من الثمن ويرجع على البائع بما يقابل النصف المستحق وزرعه . « ق » فيها لابن القاسم وإن لم يشفع خير المبتاع بين أن يرد ما بقي في يديه من الصفقة وأخذ جميع الثمن ، لأنه قد استحق من صفقته ما له بال ، وعليه فيه الضرر وبين أن يتماسك بنصف الارض ونصف الزرع ، ويرجع بنصف الثمن .

طفي قوله لأنه استحق من صفقته ما له بال وجهه أن الارض تنقسم وما ينقسم

لا يكون الخيار فيه إلا باستحقاق ماله بال. وقول المصنف المتقدم أو استحق شائع وإن قل في الذي لا ينقسم ومن لم يعرف هذا ممن حشى تت اعترضه بما تقدم للمصنف اغترارا منه بظاهره لقصور باعه وقلة اطلاعه ، والكمال لله .

(باب)

في بيان القسمة وأقسامها وأحكامها وما يتعلق بها

ابن عرفة القسمة ، تصيير مشاع من مملوك مالكين معيناً ولو باختصاص تصرف فيه بقرعة أو تراض ، فيدخل قسم ما على مدين ولو كان غائباً ، نقله الشيخ عن ابن حبيب ، ورواه ابن وهب في طعام سلم ويخرج تعيين معتق أحد عبديه أحدهما ، وتعيين مشترى أحد ثوبين أحدهما ، وتعيين مطلق عدد موصى به من أكثر منه بموت الزائد عليه قبل تعيينه بالقسمة ، ولم يعرفها ابن الحاجب ولا شارحوه. وتعريفها الغبريني : بأنها اختصاص الشريك بما كان له مشاعاً ، يرد بأن اختصاص الشريك بالمشاع ثابت حال شركته خاصة لها أو عرضاً عاماً لها ولمقابلها ، فهو مباين للقسمة أو أعم منها ، فيمتنع تعريفها به .

ودليل ثبوته حال الشركة قولها مع غيرها إن باعت إحدى الزوجتين الوارثتين داراً حظها منها ، فالأخرى أحق بالشفعة فيه من سائر الورثة ، فلولا اختصاصها بحظها مشاعاً ما كانت أشفع وإن عنى بقوله اختصاص الشريك أن يتمين له ما كان مشاعاً ففيه عناية بغير لفظ يعينها مع يسره ، ويبطل اطراده باختصاص موصى له بعدد من أكثر منه المتقدم ذكره ، واختصاص من تعدى على شريكه بما أتلف من المشترك بينهما المثلي قدر حظ المتعدي كنقله قفيز حنطة بينهما في مفازة غرر اتلف قدر حظ الناقل منه اهـ .

وتعقب ابن ناجي حد ابن عرفة بمن اشترى ويبة مثلاً من صبرة يأخذها منها وهي ليست بقسمة وحده ينطبق عليها، لأن مشتري الويبة صار مالكاً لها في الصبرة البساطي

الْقِسْمَةُ : تَهَايُؤٌ فِي زَمَنٍ : كَخِدْمَةِ عَبْدٍ شَهْراً ، وَسُكْنَى دَارٍ سِنِينَ :

في تعيين أحد الثوبين إن كان على الخيـار فهو لم يملك شيئاً قبله ، وإن كان على البت فيلزم أنه من أفراد القسمة . غاية ما فيه أن لأحد الشريكين التعيين وهو لا يقدح فيها ، أفاده تت في كبيره . أقول لا خفاء في عدم ورود هذين الإيرادين على حد ابن عرفة . أما ايراد ابن ناجي فلأن شراء الويبة من الصبرة ليس تصيير مشاع من مملوك مالكين معيناً ، بل هو تصيير بعض مملوك مالك واحد مملوكا لغيره شائعا ، فكيف ينطبق عليه حده ، وتعليله لا ينتج انطباقه عليه ، فدعواه ودليـــله باطلان . وأما ايراد البساطي فلأن المشهور في بيع الخيار الانحلال ، وأن الملك للبائع . وتعريف ابن عرفة مبني عليه ، فتعيين أحدهما ليس قسمة ، لأنه تصيير مشاع من مملوك مالك واحد معينا ، والله أعلم . البناني لو قال مالكين فأكثر وحذف ولو زاد أو قبل بقرعة لكان أحسن ، والله أعلم .

(القسمة) الشرعية ثلاثة أقسام الأول (تهايؤ) بفتح فوقية أوله ونون أو تحتيـــة مضمومة عقب الألف أو موحدة مكسورة ويليها همز على الأولين وتحتية على الأخير ، لأن كل واحد هنى صاحبه بما دفعه له ، وهيأه وجهز له ووهبه له فهو على الأول من التهنئة ، وعلى الثاني من التهيئة ، وعلى الثالث من الهبة لكن بقلب مكاني . الرجراجي المهـــاناة تقال بالنون لأن كل واحد منهما هنى صاحبه بما أراده ، وتقال بالباء أيضا لأن كل واحد منهما وهب لصاحبه الإستمتاع بحقه في ذلك الشيء مدة معلومة . وتقال بالياء التحتيـــة باثنتين لأن كل واحد منهما هيأ لصاحبه ما طلبه منه ، والتهانيء قسمة المنافع المشتركه (في زمن) معلوم كيوم أو أسبوع أو شهر أو عام ومثل لها بقوله (كخدمة) رقيـــق مشترك بين اثنين أو أكثر أحد الشريكين أو الشركاء (شهراً) ويخدم الشريك الآخـــر شهراً أيضا وهكذا (وسكنى دار) أحد الشريكين أو الشركاء (سنين) والشريـــك الآخر كذلك وهكذا ، أو زراعة أرض مأمونة الري أحد الشريكين أو الشركاء والآخر كذلك وهكذا .

« ق » ابن شاس القسمة ثلاثة أوجه مهاياة وهي ضربان ، مهاياة في الاعيان ، ومهاياة بالزمان . ابن رشد قسمة المنافع لا تجوز بالقيمة على مذهب ابن القاسم ، ولا يجبر عليها من

أباها ولا تكون إلا على المراضاة والمهايأة ، وهي على وجهين بالازمان ، مثل أن يتفقا أن يستغل أحدهما الدابة أو يستخدمها أو يسكن الدار أو يحرث الارض مدة من الزمان والآخر مثلها أو أقل أو أكثر ، فهذه يفترق فيها الاستغلال والإستخدام . الوجه الآخر أن يكون التهايؤ في الاعيان [1] بأن يستخدم هذا عبداً وهذا عبداً أو يزرع هذا أرضا وهذا أرضا ، أو يسكن هذا داراً وهذا داراً .

أما التهايؤ في الاستخدام فروى ابن القاسم يجوز في الشهر ابن القاسم وأكثر من الشهر قليلا. وأما التهايؤ في الدور والارضين فيجوز فيهاالسنين المعلومة والاجل البعيد ككرائها قاله ابن القاسم ، ووجهه أنها مأمونة إلا أن التهايؤ إذا كان في أرض الزراعة فلا يجوز إلا بأن تكون مأمونة بما يجوز فيه النقد . غ إن قلت قد قرر ابن رشد وعياض وابن شاس أن قسمة المهايأة ضربان مهايأة في الاعيان ومهايأة في الزمان، فالاول أن يأخذ أحد الشريكين داراً يسكنها ، والآخر داراً يسكنها ، وهذا أرضا يزرعها ، والآخر أرضا يزرعها .

والضرب الثاني أن تكون المهايأة في عين واحدة بالازمنة ، كدار يسكنها هذاشهراً وهذا شهراً ، وأرض يزرعها هذا سنة وهذا سنة،وبذا فسر في التوضيح كلام ابن الحاجب فما باله اقتصر هنا على الازمان دون الاعيان حيث قال في زمن . قلت ينبغي أن يحمل كلامه على القسمين ، لأن الزمن المعلوم لا بد منه فيهما ، وعلى هذا فقوله كخدمة عبد شهراً يتناول صورتين ، إحداهما أن يكون العبد الواحد بين الشريكين يستخدمه كل منهما شهراً ، والثانية أن يكون لهما عبدان يستخدم أحدهما أحد العبدين شهراً والآخر الآخر كذلك ، ولا يشترط مساواة المدتين ، وإنما يشترط حصرهما ، وافهم مثل ذلك في

(١) (قوله في الاعيان) أي الذوات المشتركة بأن يأخذ أحدهما رقيقا يخدمه شهراً مثلا والآخر رقيقا آخر يخدمه كذلك أو يسكن أحدهما داراً عاما مثلا والآخر أخرى كذلك أو يزرع أحدهما أرضا سنة والآخر أخرى كذلك .

السكنى جوازاً ، وفي الغلة منعا ، ومما يزيد هذا وضوحا مناقشة ابن عرفة عياضا إذ قال وقول عياض هي ضربان مقاسمة الزمان ومقاسمة الأعيان يوهم عرو الثاني عن الزمان ، وليس كذلك . ومحمله إن كان المشترك فيه واحداً فتعلق القسم بالزمان لذاته ، وإن كان المشترك فيه متعدداً فتعلق القسم فيه بالزمان بالعرض ، لأن متعلقه بالذات بعض آحاد المشترك فيه ، ولا بد فيه من الزمان ، إذ به يعرف قدر الإنتفاع .

ونص ابن عرفة وهي أنواع ، الأول : قسمة مهاناة بالنون وبالياء ، وهي اختصاص كل شريك بمشترك فيه عن شريكه فيه زمنا معينا من متحد أو من متعدد وتجوز في نفس منفعته لا في غلته وفي مدتها ثلاثة . الشيخ عن ابن عبدوس روى ابن القاسم قول أحد الشريكين في العبد أختدمه أنا اليوم وأنت غداً أو شهراً بشهر جائز ابن القاسم وأكثر من شهر وشبهه . محمد إنما تجوز خمسة أيام فأقل والربع . ابن عبدوس عن ابن القاسم تجوز في الدور والأرضين وما هو مأمون التهايؤ السنين المعلومة والأجل ككرائها وليس لأحدهما فسخه ، وإن تهايؤوا في دور أو أرضين على أن يسكن كل واحد أو يزرع ناحية جاز . . وروى محمد لا يجوز في الدابة أن يقول خذ كسبها اليوم وآخذ كسبها غداً ، وكذلك العبد ، وروى محمد إلا في يوم واحد ابن عات قيل في غلة الرحا يومان . وقول عياض هي ضربان الخ ما تقدم عنه .

(كالإجارة) في اللزوم ، وشرط تعيين المدة لا فرق بين الواحد والمتعدد كعبدين بينهما يخدم أحدهما أحد الشريكين شهراً والآخر يخدم الشريك الآخر كذلك ، ولا يشترط تساوي المدتين ، إنما الشرط حصرهما . الحط نبه بهذا على أن قسمة التهايؤ إذا كانت في زمن معين لازمة كالإجارة ، وشمل كلامه المقسوم المتحد يأخذه كل واحد منهما أو منهم مدة معينة ، والمقسوم المتعدد يأخذ كل واحد منهما أو منهم واحد منه مدة معينة ولا يشترط تساوي المدتين فيهما .

ومفهوم قوله في زمن كالإجارة أنها لو كانت من غير تعيين زمن لا تكون كالإجارة ، وهو يشير إلى قول ابن الحاجب ، فالأولى أي المهايأة إجارة لازمة يأخذها كل واحد

منها ، أو إحداهما مدة معينة وغير لازمة كدارين يأخذ كل واحد سكنى دار اهـ . في التوضيح هذا القسم أي المهايأة على قسمين مقاسمة زمان ومقاسمة أعيان ، أشار المصنف إليهما بقوله فالأولى إلى قوله مدة معينة ، وقوله أو إحداهما راجع إلى الدارين ، وقوله مدة معينة يعم الصورتين ، ويحتمل عوده إلى الثانية ويضمر بعد الأول مثله ، والدار الواحدة إنما يتصور فيها قسمة زمان بخلاف الدارين ، فإنها مقاسمة أعيان . وقوله وغير لازمة كدارين يأخذ كل واحد منهما سكنى دار ، أي من غير تعيين مدة اهـ .

وقال ابن عبد السلام قوله وغير لازمة هذا نوع من أنواع الإجارة على الخيار ، ولا يشترط ضرب الأجل لأن كل واحد منهما له أن يحل متى شاء ، ولا يمكن تصويرها بالمثال الأول من مثالي اللازمة إلا بأن يأخذ أحدهما بيتاً من الدار مثلاً ويأخذ الآخر كذلك .

(لا) تجوز المهايأة (في غلة) للمشترك إن كانت بأكثر من يوم ، بل (ولو يوماً) كخذ غلته يوماً وأنا آخذها يوماً ، وهكذا للغرر . وأشار بولو إلى قول محمد تسهل في اليوم الواحد . « ق » ابن المواز لو كانت الدابة بينكما فلا يجوز أن تقول له ما كسبت اليوم فلي ، وما تكتسب غداً فلك ، وكذلك العبد بينكما . قال الإمام مالك رضي الله تعالى عنه إن قال استخدمه أنت اليوم وأنا غداً فهو جائز ، وكذلك شهراً وأنا شهراً . محمد لا يجوز في الكسب ولو يوماً واحداً ، وقد سهله مالك رضي الله تعالى عنه في اليوم وكرهه في أكثر منه اهـ .

(تنبيهات)

الأول : الباجي وعبد الوهاب عن المذهب إنما تجوز قسمة المهايأة وهي قسمة المنافع بالمراضاة لا بالإجبار والقرعة ، وعلى هذا اقتصر ابن عرفة ، وبه قطع عياض . والذي في المقدمات لا تجوز القسمة بالمهايأة على مذهب ابن القاسم ولا يجبر عليها من أباها ولا تكون إلا بالمراضاة .

الثاني : في المقدمات من هذا الباب قسمة الحبس للاغتلال فقيل إنه يقسم ويجبر على

القسم من أباه ، وينفذ بينهم إلى أن يحدث بينهم من الموت أو الولادة ما يغيره بزيادة أو نقصان . واحتج من ذهب إلى هذا بقولهم فيمن حبس في مرضه على ولده وولد ولده أن الحبس يقسم بينهم أي على عدد الولد وولد الولد ، وبغير ذلك من الظواهر الموجودة في مسائلهم . وقيل إنه لا يقسم بحال . واحتج من ذهب إلى ذلك بقول مالـــك رضي الله تعالى عنه في المدونة أن الحبس مما لا يقسم ولا يجزأ . وقيل إنه لا يقسم إلا أن يتراضى المحبس عليهم على قسمته قسمة اغتلال فيجوز ذلك لهم ، وقد عزا ابن سهل هذه الاقوال لأشياخ السيوري . ابن عرفة والاقرب حمل القسم على ثمن المنفعة ومنعه على الربع المحبس نفسه ، والله أعلم .

(و) الثاني (مراضاة) بينهما أو بينهم في قسمة ذات المشترك بينهما أو بينهم (ف)هي (كالبيـع) في ان من صار له شيء اختص بملكه وأنها تكون فيما تماثل وفيما اختلف وفي المقوم والمثلي ، وأنه لا يرد فيها بغبن إن لم يدخلا فيها مقوماً ، وأنها لا تحتاج إلى تعديـل ولا إلى تقويم ، وأنه لا يجبر عليها من أباها . الحط هذا هو القسم الثاني من أقسام القسمة الثلاثة وهي قسمة المراضاة ، وسماها بعضهم قسمة بيـع .

ابن عرفة وهي أخذ بعضهم بعض ما بينهم على أخذ كل واحد منه ما يعد له بتراض ملكاً للجميـع وهو قسمان ، قسم بعد تقويم وتعديـــل وهذا لا يقضى به على من أباه ، ويجمع فيه بين حظ اثنين وبين الأجناس والأصناف والمكيل والموزون إلا مـــا يدخر من الطعام الذي لا يجوز التفاضل فيه ، ويقام فيه بالغبن إذا ظهر ، والأظهر أنه بيـــع وقسم بلا تقويم ولا تعديل ، وحكمه حكم الذي بتقويم وتعديل إلا في القيام بالغبن وهو بيـــع بلا خلاف ، قاله في المعين وغيره ونحوه في التوضيح والتنبيهات .

(تنبيهات)

الأول : شبه المراضاة بالبيـع مع قول اللخمي وابن رشد أنها بيـع لإجازتهم الفضل في قسمة قفيز بر لكل منهما نصفه بالتراضي على أن لأحدهما ثلثيه وللآخر ثلثـــه ، فلو كانت بيعاً محضا لم تجز للربا .

الثاني : ابن راشد يعكر على قولهم قسمة المراضاة بيع إجازتهم فيها قسم قفيز بر بينهما نصفين على الثلث والثلثين ، ولو كانت بيعا لامتنعت بهذا الوجه للربا . ظفي جوابه تصريحهم بجواز القسمة المذكورة إنما يعكر عليهم لو أطلقوا في قولهم إنها بيع . أما حيث قيدوا فلا ، ويصرف قولهم إنها بيع لغير هذه الصورة من عدم الجبر وجمع الأجناس وجمع حظين ، وعدم القيام بالغبن ، واستثنوا الصورة المذكورة .

اللخمي يجوز التفاضل في المقاسمة بخلاف البيع والتراخي جائز أيضا . وقال ابن رشد الصبرة الواحدة من المكيل أو الموزون لا خلاف في جواز قسمها على الاعتدال في الكيل أو الوزن وعلى التفضيل البين كان ذلك مما يجوز فيه التفضيل أم لا ، ويجوز بالمكيال المعلوم والمجهول ولا خلاف أن قسمه بغير كيل ولا وزن ولا تحر لا يجوز ، لأنه غرر ومخاطرة ، وإن كان طعاماً مقتاتا مدخراً دخله أيضا التفضيل وقسمته تحريا جائزة في الموزون دون المكيل ، ثم قال وإن لم يكن صبرة واحدة وهو لا يجوز فيه الفضل كصبرتي قمح وشعير أو محمولة وسمراء ونقي ومغلوث فلا يجوز إلا باعتدال الكيل أو الوزن بمكيال معلوم ، وصنجة معلومة .

وإن كان مما يجوز فيه الفضل جاز قسمه على الفضل البين والاعتدال بمكيال أو ميزان معلوم لا مجهول لأنه غرر ووجب قسم كل صبرة وحدها ، ويجوز حينئذ بمكيال أو ميزان مجهول لأن قسم الصبرة ليس قسما حقيقيا ، إنما هو تمييز حق ا هـ . فإذا أحطت بهذا علما فلك أن تجيب عن مناقضة ابن راشد بما قلناه ، ولك أن ترد المناقضة من أصلها وتبقى القسمة بيعا حتى في منع الفضل ، ولا يعكر على هذا اجازتهم قسم القفيز على ثلثين وثلث ، لأن قسمة الصبرة الواحدة ليست قسمة حقيقية قاله ابن رشد ، وهو ظاهر لاتحاد الصفة والقدر ، وهذا الجواب هو الصواب ، فلا معارضة ولا تعكير أصلاً ، فشد عليه يد الضنين ، ولذا أطلق صاحب المعين وغيره في المراضاة منعها فيما يحرم فيه الفضل إشارة إلى أن الصبرة الواحدة والقفيز الواحد ليست قسمته قسمة حقيقية ، وقد اقتصر « ح » على كلام المعين ، وكذا أطلق ابن رشد في موضع آخر قسم المراضاة إلى وجهين

بتعديل وبغيره فقال الوجهان يصحان في الجنس الواحد وفي الأجناس المختلفة، وفي المكيل والموزون ، إلا ما كان منه صنفاً واحداً مدخراً لا يجوز الفضل فيه .

(و) النوع الثالث من أنواع القسمة (قرعة) بضم القاف وسكون الراء . ابن عرفة وهو فعل ما يعين حظ كل شريك مما بينهم مما يمتنع علمه حين فعله وهذا القسم هو المقصود من هذا الباب ، إذا المهايآت إجارة ولها باب ، والمراضاة بيع وله باب (وهي) أي القرعة (تمييز حق) مشاع عند سحنون . عياض وهو الصحيح في مذهبنا وقول ائمتنا . ابن فرحون وهو المشهور ، وفي الشامل هو الأصح . ولمالك في المدونة هي بيع . اللخمي وهو أصوب وأطرب قول ابن القاسم فيه . ابن رشد وكذا اختلف في قسم التراضي بالتقويم والتعديل دون قرعة هل هو بيع أو تمييز ، وقسم التراضي دون تعديل بيع اتفاقاً ، والأظهر أن قسم القرعة تمييز ، وقسم التراضي بيع .

قلت ذكره الخلاف في قسمة التعديل والتقويم هل تمييز أو بيع خلاف ظاهر ما للباجي في قسم الصيحاني والعجوة بالخرص ، وهو قوله ، وعندي أن هذه القسمة لا تجوز إلا بالقرعة لأنها تمييز حق ، فلو لم يكن التمييز خاصاً بالقرعة لما صح استدلاله به عليها .

(وكفى) في القسمة (قاسم) واحد والأولى إثنان كما يفيده تعبير المصنف بكفى، وصرح به ابن حبيب واشترطهما ابن شعبان. ابن حبيب لا يأمر القاضي بالقسم إلا المأمون المرضي العارف وإن كانا اثنين فهما أفضل ، وإن لم يوجد إلا واحد كفى . وقال الشافعية يشترط في منصوب الإمام الحرية والعدالة والتكليف والذكورة لأنه حاكم وعلمه بالمساحة والحساب والتقويم ولا يشترط في منصوب الشركاء العدالة والحرية ، لأنه وكيل ولم أر لأصحابنا ما يخالف هذا اهـ ، قاله في الذخيرة (لا) يكفي (مقوم) بضم الميم وفتح القاف وكسر الواو مشددة .

الحط الظاهر أنه أراد به مقوم السلع المتلفة وأروش الجنايات ونحوهما، وليس المراد به مقوم السلع المقسومة ، إذ الظاهر من كلامهم أن القاسم هو الذي يقوم المقسوم ويعدله .

القرافي في الفرق الأول من قواعده في الصورة المركبة من الشهادة والرواية رابعها مقسوم السلع وأرش الجناية والمسروق والمغصوب وغيرها .

قال الامام مالك«رض» يكفي الواحد بالتقويم إلا أن يتعلق بالقيمة حد كالسرقة فلا بد من اثنين،وروى عنه أيضاً لا بد من اثنين في كل موضع . ومنشأ الخلاف حصول ثلاثة أشياء شبه الشهادة ، لأنه إلزام لمعين وهو ظاهر ، وشبه الرواية لأن المقوم متصد لما لا يتناهي لا المترجم والقائف وهو ضعيف، لأن الشاهد كذلك وشبه الحاكم، لأن حكمه ينفذ في القيمة ، والحاكم ينفذه وهو أظهر من شبه الرواية ، فإن تعلق باخباره حد تعين مراعاة الشهادة لوجهين ، أحدهما قوة ما يفضي اليه هذا الاخبار ، وينبني عليه من إباحة قطع عضو معصوم .

وثانيها أن الخلاف في كونه رواية أو شهادة شبهة يدرأ بهـا الحد ، ثم قال وخامسها القاسم . قال الامام مالك رضي الله تعالى عنه يكفي فيه الواحد، والأحسن إثنان. وقال أبو اسحق لابد من اثنين ، وللشافعية في ذلك قولان ، ومنشأ الخلاف شبه الحكم أو الرواية أو الشهادة ، والأظهر شبه الحكم لأن الحاكم استنابه في ذلك وهو المشهور عندنا وعند الشافعية ا هـ . ابن فرحون ابن القصار يقبل قول التاجر في قيم المتلفات إلا أن يتعلق بها حد تقويم العرض المسروق ليعلم هل بلغت قيمته النصاب أم لا ، فلا بد فيه من اثنين، ثم قال قال ابن القصار يجوز تقليد القاسم على رواية ابن نافع عن الامام مالك رضي الله تعالى عنهما كما يقلد المقوم لأرش الجنايات لمعرفته ذلك ، فلعل المصنف ترجحت عنـده الرواية الثانية في المقوم ، والفرق بين القاسم والمقوم أن القاسم نائب عن الحاكم فاكتفى فيه بواحد ، والمقوم كالشاهد على القيمة . طفي فيه نظر ، والظاهر من كلامهم أن المقوم غير القاسم لتفريقهم بين القاسم والمعدل ففي التحفة :

وأجر من يقسم أو يعدل   على الرؤوس وعليه العمل

ولده في شرحه أجرة القاسم والمعدل في القسمة وهو المقوم ا هـ ، وهـو ظاهر لمن تصفح كلامهم . البناني قول طفي إنه خلاف ظاهر كلامهم غير ظاهر والله أعلم .

وَأَجْرُهُ بِالْعَدَدِ وَكُرِهَ ، وَقُسِمَ الْعَقَارُ ، وَغَيْرُهُ بِالْقِيمَةِ ،

(وأجره) أي المال الذي يأخذه القاسم على قسمته يقسم على الشركاء (بـ) حسب (العدد) لرؤسهم لا بحسب مقادير أنصبائهم قاله ابن القصار، والذي به العمل أنه بحسب مقادير الأنصباء . «ق» فيها لا بأس ان يستأجر أهل مورث أو مغنم قاسماً برضاهم وأجره على جميعهم من طلب القسم ومن أباه ، وكذلك أجرة كاتب الوثيقة . ابن حبيب ويكون الآجر في ذلك على عددهم لا على أنصبائهم . التاودي جرى العمل عندنا بأنه بحسب الأنصباء ، وقوى بأنه من المصالح لأنهم إذا كانوا ثلاثة مثلا لأحدهم العشر ربما كان ثلث الأجرة أزيد من قيمة عشر المقسوم ، فلا يكفي النصيب في الأجرة .

(وكره) بضم فكسر للقاسم أخذ أجرة القسم من المقسوم ، بينهم ، فإن كانت من بيت المال أو من وقف فلا يكره أخذها ، ومحله في القاسم الذي قدمه القاضي للقسمة كما في المدونة والعتبية . ابن رشد فإن استأجره الشركاء فلا يكره له أخذ الأجر. «ق» كره مالك رضي الله تعالى عنه لقسام القاضي أن يأخذوا على القسم أجراً. ابن القاسم وكذلك قسام الغنائم ولو كانت أرزاق القسام من بيت المال جاز . ابن رشد وكذلك إن استأجر القوم قاسماً فلا كراهة فيه ، ومن هذا جعل الشرط مالك رضي الله تعالى عنه إنما رزق الشرط على السلطان . ابن رشد هذا كما قال ، فان لم يفعل كان على الطالب في إحضار خصمه إلا أن يلد المطلوب ويختفي فيكون الجعل في إحضاره عليه .

(و) قسم بضم فكسر أو بفتح فسكون (العقار) أي الأرض وما اتصل بها من بناء وشجر (و) قسم (غيره) أي العقار من سائر المقومات (بالقيمة) لا بالمساحة ولا بالعدد . «ق» ابن رشد يجوز أن تقسم الرباع والأصول بالسهم إذا عدلت بالقيمة اللخمي إن اختلفت قيمة الدارين فكان بينهما يسير مثل كون قيمة إحداهما مائة والأخرى تسعين فلا بأس أن يقترعا على أن من صارت اليه التي قيمتها مائة يعطي صاحبه خمسة دنانير ، لأن هذا مما لا بد منه ، ولا يتفق في الغالب كون قيمتها سواء ، وتعقب ابن عرفة هذا

وَأَفْرِدَ كُلُّ نَوْعٍ ،

فانظره [1] فلو كان المقسوم مكيلا أو موزوناً فقال ابن رشد لا تجوز القرعة فيه . وقال الباجي تجوز فيه وبه أفتى ابن عرفة [2] .

(وأفرد) القاسم في قسمة القرعة (كل نوع) [3] من المقسوم الحظ ، يعني أنــه

---

(١) (قوله فانظره) نصه اللخمي إن اختلفت قيمة الدارين ككون قيمة إحداهما مائة والأخرى تسعين فلا بأس أن يقترعا على أن تكون قيمة الدارين سواء . قلت ظاهر الروايات منع التعديل في قسم القرعة بالعين .

(٢) (قوله وبه أفتى ابن عرفة) ونصه في مختصره : قــال هو أي ابن رشد والباجي لا تجوز القرعة في شيء مما يكال أو يوزن ، وعزاه ابن زرقون لسحنون ، قال وكـــذا عندي ما قسم بالتحري لأن ما تساوى في الجنس والجودة والقدر لا يحتاج الى سهم كالدنانير والدراهم . قلت تقدم للباجي في قسم لحم الأضحية خلافه فتامله .

(٣) (قوله وأفرد كل نوع) ابن عرفة المقسوم أنواع الأول : المكيل والموزون إن كان صبرة واحدة فقال ابن رشد لا خلاف في قسمه على الاعتدال بالكيل او الوزن ، وعلى بين الفضل ، وتجوز بالمكيال والصنجة المجهولين. ابن زرقون ابن الماجشون يقسم الرطب والتين والعنب على أكثر شأنه في البلد من وزن او كيل . محمد بن عبد الحكم لا بأس ان يقسم القاضي الزيت كيلاً او وزناً أي ذلك شاء . وقال أشهب في المدونة بيع الزيت بالكيل ، فأما الوزن فان عرف ما فيه من الكيل فلا بأس به ، وإن اختلف فــلا خير فيه ، فجعل الأصل الكيل . قلت ذكره قول أشهب في البيع يدل على أن ما به يعرف القدر في البيع والقسم سواء ، وهو خلاف نص ابن رشد بالتفرقة بينهما وهو الصواب . ابن رشد لا يجوز قسمه جزافاً دون تحر اتفاقاً وقسمه تحرياً لا يجوز في الكيل ، ويجوز في الموزون ، ويدخله من الخلاف في بيعه تحرياً . قلت منـــع التحري في المكيل عزاه الشيخ لمحمد وابن حبيب . ابن رشد وإن لم يكن صبرة واحدة وهو لا يجوز فيه التفاضل كصبرتي قمح وشعير ومحمولة وسمراء ونقي ومغلوث فلا يجوز إلا باعتدال الكيل ←

لا يجوز جمع جنسين ولا نوعين متباعدين في قسمة القرعة. قال في المدونة ولا تقسم أصناف مختلفة بالسهم مثل أن يجعلوا الدور حظاً والرقيق حظاً ويستهمون وإن اتفقت قيم ذلك لأنه خطر ، وإنما تقسم هذه الأشياء كل نوع على حدة ، البقر على حدة ، والغنم على حدة ، والعروض على حدة ، إلا أن يتراضوا على شيء بغير سهم . وكذلك أن يجعلوا دنانير ناحية ، وما قيمته مثلها ناحية من ربع أو عرض أو حيوان ، ويقترعوا . وأما بالتراضي بغير قرعة فجائز ، وأما داران في موضع وإن تفاضلتا في البناء كواحدة جديدة وأخرى رثة أو دار بعضها رث وباقيها جديد فذلك يجمع في القسم ، لأنه نوع واحد من جيد ودون بالقيم كقسم الرقيق على تفاوته ، وكل صنف لا بد فيه من ذلك ، فإن كان كل صنف من ذلك لا يحمل القسمة بيع الجميع عليهم وقسم ثمنه بينهم إلا أن يتراضوا على قسم شيء بغير سهم فيجوز اهـ .

(وجمع) بضم فكسر في قسمة القرعة (دور) بضم الدال جمع دار متلاصقة . «ق» فيها لمالك «رض» إن كانت مواضع الدور مختلفة مما يتشاح الناس فيها العمران أو غيره قسمت كل دار على حدتها إلا أن يتفق منها داران أو ثلاثة في الصفة والنفاق في مواضعها فتجمع المتفقة في القسم ويقسم باقيها كل دار على حدة (أو أقرحة) بفتح الهمز وسكون القاف وكسر الراء ، فحاء مهملة جمع قراح بفتح القاف ، أي أرض زراعة ليس عليها بناء ولا فيها شجر قاله الجوهري .

← بمكيال معلوم أو الوزن بصنجة معلومة ، ثم قال ابن عرفة الثاني العقار ، وفي جمع الدور في القسم بتقارب مواضعها أو بتساوى نفاقها . ثالثها : بهما للباجي عن أشهب وابن القاسم في المجموعة وسحنون قائلاً إن كانت إحداهما قاعة لم يجمعها ، وإن كان بناء إحداهما أجود جمعتا إن كانتا كا نمط واحد ، وليست الدور كالأرضين قد تكون للدور في نمط ونفاقها مختلف ، وقريب الدور إلى الجامع نمط وهو متباين . الباجي النمط قد يستعمل بمعنى التقارب في الصفة يحتمل أنه أراد به المحلة الواحدة .

وَلَوْ بِوَصْفٍ ، إِنْ تَسَاوَتْ قِيمَةً وَرَغْبَةً ، وَتَقَارَبَتْ كَالْمِيلِ ، إِنْ دَعَا إِلَيْهِ أَحَدُهُمْ

«ق» فيها لابن القاسم رحمه الله تعالى والأقرحة وهي الفدادين إذا كانت بين قوم فطلب بعضهم أن يجمع له في القسم نصيبه منها في موضع واحد، فإن كان بعضها قريباً من بعض وكانت في الكرم سواء جمعت في القسم ، وجعل نصيب كل واحد في موضع واحد ولم يحد لنا مالك «رض» في قرب الأرض بعضها من بعض حداً وارى الميل وشبهه قريباً في الحوائط والأرضين ، وإن كان الأقرحـة مختلفة وهي متقاربة أو كانت في الكرم سواء وبينها تباعد كاليومين قسم كـل قريح على حدته . الحط في بعض النسخ وأقرحة بالواو ، وفي بعضها أو أقرحـة بأو ، وعلى النسخة الأولى قالوا بمعنى أو ، والمراد أن الدور تجمع على حـدة والأقرحة على حـدة ، ولا يريد أن الدور تجمع مع الأقرحة .

ابن الحاجب وتجمع الدور المتقاربة المكان المستوية النفاق والرغبة مهما دعا اليه أحدهم ثم قال وكذلك القرى والحوائط والأقرحة يجمع ما تقارب مكانه كالميل ونحوه، وتساوى في كرمه وعيونه بخلاف اليوم. ابن عبد السلام لم يرد المصنف أن هذه الأنواع التي ذكرها من قرى وحوائط وأقرحة تجمع في القسم، ولكن كل نوع منها تجمع أفراده. الرجراجي اتفقوا على أنه لا يجمع في قسمة القرعة الدور مع الحوائط ولا الحوائط مـع الأرضين ، وإنما يقسم كل شيء من ذلك على حدته ويضم بعضه إلى بعض بشروط نذكرها ا هـ ، إن كانت الدور والأقرحة حاضرة ، بل (ولو) كانت غائبة عن موضع القسم وتقسم في غيبتها (بوصف) ممن يعرفها يعتمد عليه المقوم والمعدل والقاسم فيها لا بأس أن يقتسما داراً غائبة على ما يوصف لهما من بيوتها وساحتها ويميزا حصتيهما منها بالصفة ، كما يجوز بيعها بالصفة .

وجمع الدور والأقرحة شروط أشار لها بقوله (إن تساوت) الدور الأقرحة (قيمة ورغبة وتقاربت) مواضعها بأن كان بينها (كالميل) بكسر الميم (إن دعا اليـه) أي

وَلَوْ بَعْلاً وَسَيْحاً ، إِلاَّ مَعْرُوفَةً كَالسُّكْنَى ، فَالْقَوْلُ لِمُفْرِدِهَا ،
وَتُؤُوِّلَتْ أَيْضاً بِخِلَافِهِ ،

جمعها في القسمة (أحدهم) أي الشركاء ليجتمع حظه منها بموضع واحد ، وإن أباهغيره إن كانت كلها بعلاً أو سيحاً ، بل (ولو) كان بعضها (بعلاً) يشرب زرعه بعروقه من نداوة الأرض ، ولا يحتاج لسقي (و) بعضها (سيحاً) بفتح السين المهملة وسكون التحتية فحاء مهملة ،أي يشرب زرعه بما يسيح عليه من نحو نيل لأنهما جنس واحد لزكاة زرعهما بالعشر . وأشار بولو للقول بعدم جمعهما . وفهم منه أنهما لا يجمعان للنضح وهو الذي يسقى زرعه بآلة وهو كذلك ، لزكاة زرعه بنصف عشرة .

فيها لا بن القاسم رحمه الله تعالى إن دعا أحد الأشراك إلى قسم ما ينقسم من ربع أو حيوان أو رقيق أو عروض أو غيرها اشتراكهم بورث أو شراء أو غيره جبر على القسم من أباه . وفي الموطأ والمجموعة لا يقسم ما يسقى بالنضح والسواني مع ما يسقى بالعيون ، ولا يقسم البعل مع السقي وإن تقاربت الحوائط ، ويقسم كل واحد من هذه على حدة إلا أن يتراضوا أن يجمعوه في القسم ، فذلك لهم . سحنون بغير قرعة ولا يصح بها لاختلافها ، ويصير كجمع حمار وفرس في القرعة . وجوز في الموطأ قسم البعل مع ما يسقي بالعيون سيحاً دون نضح . الباجي هذا هو مشهور المذهب لأنهما يزكيان بالعشر ، بخلاف النضح المزكي بنصف العشر .

واستثنى من الدور التي تجمع في القسمة جبراً على من أباه لمن طلبه فقال (إلا داراً معروفة بالسكنى) لمورثهم دعا أحدهم لإفرادها بالقسم وبعضهم لجمعها مع غيرها فيه (فالقول لمفردها) بكسر الراء أي طالب إفرادها بالقسم ليحصل له منها حظ إن احتملت القسم ، وتأول الأول الأكثر المدونة عليه . ابن ناجي وهو المشهور (وتؤولت) بضم الفوقية والهمز وكسر الواو مشددة ، أي فهمت المدونة (أيضاً) أي كما تؤولت بأن القول لمفردها (بخلافه) أي أن القول لمن دعا لجمعها إذا لم يكن للميت دار غيرها يسكنها، وهذا [illegible]م ابن أبي زمنين .

فإن كان له دار أخرى كان يسكنها جمعتا في القسم ، ولا يجاب من دعا لإفرادها أفاده تت . عج هذا ليس على ما ينبغي ، والذي يفيده النقل أن الثاني أرجح من الأول الذي هو لفضل ، وحده طفي قول تت وتأول الأكثر المدونة عليه الخ ، زاد في كبيره وهو ما في كتاب ابن حبيب إذا مات الرجل الشريف وترك داراً كان يسكنها ولها حرمة بسكناه وترك دوراً غيرها فإن كانت بالقرب منها فتشاح الورثة في تلك الدار وأراد كل واحد حظه منها فانها تقسم وحدها الا كانت تنقسم ، ويعمل في غيرها ما ينبغي ، فجعل كلام المصنف في التأويل الأول موافقاً لقول ابن حبيب ، ولذا عزاه للاكثر تبعاً لقول التوضيح عن ابن عبد السلام ، والأكثر ممن لقيناه على ما في الواضحة ا ه .

وكلام تت غير ظاهر من جهة ان ما عزاه ابن عبد السلام لأكثر من لقيه ليس هو تأويلا عليها بنفس كلام ابن حبيب ، ونص ابن عبد السلام والعبارة في المدونة بألفاظ مضطربة ، والأكثر ممن لقيناه على ما في كتاب ابن حبيب ، وساق كلامه المتقدم ، فمراده والله أعلم بكونهم على ما في كتاب ابن حبيب إفرادها بالقسم لا من كل وجه ، لأن ابن حبيب قد يكون الرجل شريفاً ولم يقيد به فيها ، ولم أر من تأولها على قول ابن حبيب لا في أبي الحسن ولا في ابن ناجي ولا في تنبيهات عياض ، وإنما ذكر التأويلين فضل وابن أبي زمنين ، وجعل ابن عرفة قول ابن حبيب ثالثاً مخالفاً لهما ، فقال وفي كون المعروفة بسكنى الميت كغيرها وقبول قول مريد إفرادها . ثالثها إن كان شريفاً لها به حرمة لابن أبي زمنين مع أكثر مختصريها وفضل وابن حبيب ، ففي تقرير المصنف في توضيحه قول ابن الحاجب إلا أن تكون واحدة معروفة بسكناهم فتنفرد إن تشا حوافيها بقول ابن حبيب ، نظر وتبعه على ذلك الشارح وإياهما تبع تت والله أعلم .

ثم إن عبارة ابن الحاجب أوفق بقولها وإذا تشاح الورثة في دار من دور الميت كانوا يسكنونها فأراد كل وارث أخذ حظه منها لفرضها المسألة في سكناهم لا في انفراد الميت بالسكنى ، وأنهم تشاحوا في إفرادها و كل أراد أخذ حظه منها بخلاف عبارة المصنف

وابن عرفة ، وأبقى عياض المدونة على ظاهرها ، وحكى عن بعض الشيوخ تخصيص الساكنين بكونهم من الولد دون العصبة ، قال وهذا في غير الشريف أما الرجل الشريف فسواء بنوه وعصبته من سكنها أو لم يسكنها ، إذ لها حرمة في نفسها توجب إفرادها بالقسم .

(تنبيهات)

الأول : طفي قوله ان تساوت قيمة ورغبة عبارة أهل المذهب نفاقاً ورغبة ، ففي المدونة فان كانت الدور في النفاق والرغبة في مواضعها وتشاح الناس فيها سواء وكان بعضها قريباً من بعض جمعت في القسم ، وكذا عبارة اللخمي ، وابن رشد وابن شاس وابن الحاجب وابن عرفة وغير واحد ، والمراد بالنفاق الرغبة والتشاح فهي ألفاظ متقاربة ، ولذا اكتفى ابن عرفة بالنفاق فقال في جميع الدور في القسم بتقارب مواضعها أو تساوي نفاقها ثالثها بهما ا ه ، والمراد بالنفاق أن تكون كل واحدة بمحل مرغوب فيه ، اللخمي فإن كانت إحداهما بمحلة شريفة والأخرى مرغوب عنها فلا يجمعان ولم أر من عبر بالاستواء في القيمة ، فإن اراد الاستواء في القدر بأن يكون قدر قيمة هذه كهذه فلا أخالهم يشترطونه . سحنون إن كان بناء إحداهما أجود جمعتا إن كانتا في نمط واحد ا ه . والمراد بالنمط التقارب ، وعزا ابن عرفة ما درج عليه المصنف من اشتراط القرب وتساوي النفاق لسحنون ، وهو مذهب المدونة على تأويل بعضهم ، وإن أراد به الاستواء في الغلاء والرخص حتى لو كانت احداهما صغيرة قدر نصف الأخرى لكون قيمتها قدر قيمة نصفها فهو يرجع إلى النفاق والرغبة .

البناني في بعض النسخ نفاقا بدل قيمة ، وهو الصواب ، إذ هو الذي في المدونة وابن رشد واللخمي وابن شاس وابن الحاجب وغيرهم ، وعطف الرغبة على النفاق إما عطف تفسير ، ولذا اقتصر ابن عرفة على ذكر النفاق ، ويحمل النفاق على رغبة الاجانب والرغبة على رغبة الشركاء ، إذ لا يلزم من اتحاد رغبة الاجانب اتحاد رغبة الشركاء ، لأن رغبتهم في مسكن مورثهم أكثر من رغبتهم في غيره ولو كان أفضل منه ، وأما الاستواء في القيمة

فلم يشترطوه جزماً كما يفيد كلام اللخمي .

الثاني : طفي جمع المصنف الدور والاقرحة وجعل كالميل حداً للقرب فيهما، والمدونة لم تجعله حداً له إلا في الأرضين والحوائط ، ففي الأم لم يحد لنـــا مالك « رض » قرب الأرض بعضها من بعض ، وأرى الميل وشبهه قريباً في الحوائط والأرضين ، وفي التهذيب فما تقارب في اماكنه وتساوى في كرمه من قرى كثيرة أو حوائط أو أقرحة جمع في القسم والميل وشبه في ذلك قريب ، واما الدور فلم أر فيها إلا ما تقدم من قولها وكان بعضها قريباً من بعض ، ثم قالت وإن اختلفت وكان بـين البلدين مسيرة اليوم واليومين وتساوى الموضعان في الرغبة والنفاق فلا تجمعان في القسم ا هـ .

وقد نسج ابن الحاجب على منوالها فقال وتجمع الدور المتقاربة المكان المستوية نفاقاً ورغبة ، ثم قال وكذلك القرى والحوائط والاقرحة يجمع ما تقارب مكانه كالميل ونحوه وتساوى في كرمه وعيونه ، ولما تكلم في توضيحه على قول ابن الحاجب وتجمع الدور المتقاربة قال والتقارب قال في المدونة كالميل ونحوه مع أن المدونة لم تتكلم على الحد في الدور وكأنه أي أنه لا فرق بين الدور وغيرها ، وجرى على ذلك في مختصره ابن فرحون لم يتكلم ابن الحاجب على القرب في الدور .

ونص صاحب التوضيح في مختصره أن الميل قرب وهو ظاهر المدونة يؤخذ من قولها وإن كان بين الدور مسيرة اليوم واليومين فلا يجمعان أبو الحسن لا يتصور هذا في المصر الواحد ، وإنما يتصور في البادية ، وظاهر كلام بعضهم مثل ما قدمناه عن التقريب اهـ. وفي الاكتفا الذي ذكره نظر ، والذي قدمه عن التقريب هو قوله وفي التقريب على التهذيب هذا إنما يكون بين القرى ، أي القرب بالميل ونحوه أما بين الديار في البلد في الاختلاف يحصل بنصف الميل . اللخمي يراعي قسم الدور مواضعها ، فان كانتا في محلتين متقاربتين جميعاً كانتا في وسط البلد أو طرفـــه ، وإن كانت إحداهما بوسطه والأخرى في طرفه فلا تجمعان .

الثالث : البناني جرى المصنف في قوله ولو بعلا الخ على قول الباجي جواز الجمـــع

وَفِي ٱلْعُلُوِّ وَالسُّفْلِ : تَأْوِيلاَنِ وَأُفْرِدَ كُــلُّ صِنْفٍ كَتُفَّاحٍ ، إِنِ ٱحْتَمَلَ ، إِلاَّ كَحَائِطٍ فِيهِ شَجَرٌ مُخْتَلِفَةٌ ،

بينهما هو مشهور المذهب ، لأنهما يزكيان بالعشر لكنه خلاف قول ابن زرقون لا يجمع البعل مع النضح ولا مع السيح اتفاقاً الا على رواية النخلة والزيتونة ، ومثله لابن رشد . اللخمي هذا قول ابن القاسم وأشهب. ابن عرفة سمع ابن القاسم لا يجمع النضح مع السقي بالعين . ابن رشد لم ينص هل يجمع ما يسقي بالعين مع البعل أو لا ظاهرها انه لا يجمع مثل ما في الواضحة ، ونص سماع أشهب خلاف ما في الموطأ من قسم البعل مع العين إذا كان يشبهها ا هـ . وظاهر هذا أن الراجح خلاف ما اعتمده المصنف والله أعلم .

(وفي) جواز جمع (العلو والسفل) في القسم بالقرعة من دار واحدة الصالحين له ومنعه (تأويلان) وأما بالتراضي فجائز اتفاقاً. طفي قول تت وفي جواز قسمه بالقرعة أي أو بالتراضي لأن المجيز بالقرعة يقول بالتراضي من باب أولى ، فاقتصر تت على التوهم فهو كقول عياض ذهب بعضهم إلى أن ذلك انما يجوز بالخراصات لا بالقرعة على ما جاء مفسراً لعبد الملك ، وما في كتاب ابن شعبان والعلة أنه كقسم شيئين ، اذ لا ساحـــة للعلو ، وإنما هو مرتفق للسفل ، والاكثر أجازوه على الوجهين بالسهم والمراضاة، ورجحه أبو عمران ، وهكذا في ابن عرفة .

(وأفرد) القاسم في قسمة الشجر المختلف الأصناف بالقرعة (كل صنف) كتفاح ورمان وخوخ ونخل (إن احتمل) أي قبل وصلح كل صنف لقسمه وحده بحيث ينوب كل شريك شجرة منه ، سواء كانت الاصناف في حوائط أو في حائط واحـــد، وتميز بعضها عن بعض بان كان كل صنف في جهة خاصة به (إلا) اصنافا مجتمعة في (كحائط فيه شجر مختلفة) كضبحاني وبرني وعجوة ولينة وتفاح ورمان وخوخ ، ولم يتميز بعضها عن بعض بجهات ، واختلط بعضها ببعض كنخلة فزيتونة فرمانة فتفاحة وهكذا فتجمع في قسمة القرعة .

«ق» فيها لابن القاسم إن كان التفاح جناناً على حدة والرمان جناناً على حـــدة ، وكل

أو أرْضٍ بِشَجَرٍ مُتَفَرِّقَةٍ وجَازَ صُوفٌ عَلَى ظَهْرٍ ، إنْ جُزَّ ، وإنْ لِكَنِصْفِ شَهْرٍ ، وأَخْذُ وَارِثٍ عَرْضاً وآخَرَ دَيْناً ، إنْ جَازَ بَيْعُهُ ،

نوع جنان على حدة ، وكل واحد يحمل القسم فليقسم كل جنان وحده بالقيمة . وأما الأشجار المختلفة مثل تفاح ورمان وخوخ وغيرها من أنواع الفاكهة و كلها في جنان واحد مختلطة ، فإنه يقسم كله مجتمعاً بالقيمة كقول مالك في النخل تكون في حائط فمنه البرني والصيحاني والجعرور وأنواع الثمر انه يقسم على القيمة ، ويجمع لكل واحد حظه في موضع واحد من الحائط والالتفات إلى ما يصير في حظ أحدهم من الوان التمر دون غيره .

(أو) ك (ارض) متلبسة (بشجر متفرقة) فيها ملكها الشركاء بميراث أو غيره فيجمع الارض مع الشجر في القسمة بالقرعة ولا تفرد عنه لئلا يقع شجر أحدهم في أرض الأخرى وعكسه « ق » فيها لابن القاسم رحمه الله تعالى إن ورث قوم أرضاً فيها شجر متفرقة ههنا شجرة وههنا شجرة ، فأرادوا قسمها فليقتسموا الأرض والشجر جميعاً،إذلو قسموا الارض على حدة والشجر على حدة صار لكل شجره في أرض صاحبه .

(وجاز) أن يقسم (صوف على ظهر) للغنم (إن جز) بضم الجيم وشد الزاي ، أي شرع في جزه حين قسمه ، بل (وإن) تأخر ابتداء جزه (لكنصف شهر) ق.فيها لابن القاسم رحمه الله تعالى لا بأس بقسمة الصوف على ظهور الغنم إن جزه الآن أو إلى أيام قريبة يجوز بيعه اليها ، ولا يجوز فيما بعد ، تت وبين حد القرب في البيوع الفاسدة بنحو ما قال المصنف . طفي لم يبينه في الصوف ، بل في الزرع ولما ساق في كبيره كلامها قال وحكم الصوف كذلك .

(و) إن مات عن عرض ودين وله وارثان أراد قسمها فيجوز في قسمة المراضاة (أخذ وارث عرضاً) بفتح فسكون من تركة مورثهم (و) أخذ وارث (آخر ديناً) بفتح الدال منها كان لمورثهم على غيره يتبع المدين به (إن) كان قد (جاز بيعه) أي

الدين بحضور المدين وإقراره بالدين « ق » فيها لابن القاسم رحمه الله تعالى ومن هلك وترك عروضاً حاضرة وديوناً على رجال شتى فاقتسم الورثة فأخذ أحدهم العروض وأخذ الآخر الديون على أن يتبع الغرماء فإن كانوا حاضرين مقرين وجمع بينه وبينهم جاز، وإن كانوا غائبين لم يجز لأن مالكاً «رض» قال لا يشتري دين على غريم غائب . قال الإمام مالك «رض» وإن ترك ديوناً على رجال فلا يجوز للورثة أن يقتسموا الرجال فتصير ذمة بذمة ، وليقتسموا ما كان على كل رجل .

قال الإمام مالك «رض» سمعت بعض أهل العلم يقولا الذمة بالذمة من وجه الدين بالدين . طفي زاد عج على قوله وليقتسموا ما على كل واحد » أي حيث جاز بيعه كما هو ظاهر ، وكلام المصنف هذا يخالف قول ابن عرفة في تعريف القسمة فيدخل ما على مدين ولو غائباً ، لكن كلام المصنف فيما تجب الفتوى به ، وابن عرفة مقصوده بيان أن تعريف القسمة يجري حتى على القول المقابل ا هـ . وما قاله غير صواب ، بل كلام ابن عرفة جار على المشهور أيضا ، لأن قسم ما على مدين واحد جائز ، ولو كان غائبا كما يدل عليه كلام المدونة في باب الصلح في الشركاء الذين إذا شخص أحدهم دون الأعذار اليهم ، فلشركائه أن يدخلوا معه فيما اقتضى أو يسلموا له ما قبض ، ويتبعوا الغريم ، لأن ذلك مقاسمة للدين .

أبو الحسن دلت هذه المسألة على جواز قسمة الدين على غائب ولم يكن محمل ذلك عنده محمل بيع ما عليه ، وإن كانت القسمة بيعا ، لأن كل واحد منهما إنما يأخذ نصيبه من الدين من نفس مدينه فليس فيه بيع ذمة بذمة ، فإن ثبت فلهما جميعا ، وإن بطل فلهما جميعا فلا غرر فيه فالحاصل أن قسمة الدين مع غيره وهو منطوق المصنف ، حكمه كحكم بيع الدين ، وقسم الديون على رجال لا يجوز بحال ، لأنه بيع ذمة بذمة ، وقسم ما على مدين واحد جائز ولو كان غائبا ، والعجب من الرضاع شارح الحدود حيث قال في قول ابن عرفة فيدخل قسم ما على مدين ولو غائبا ، تأمل هذا مع ما ذكروا في باب الصلح وهو مخالف لمذهب المدونة ، ولعله أراد أن الرسم على ما يعم المشهور وغيره ا هـ ، فليت شعري أنى

وَأَخْـــذُ أَحَدِهِما قِطْنِيَّةً ، والآخَرِ قَمْحاً وخِيَارُ أَحَدِهِما ، كَالْبَيْـعِ ، وغَرْسُ أُخْرَى ، إِنِ انْقَلَعَتْ شَجَرَتُكَ مِنْ أَرْضِ غَيْرِكَ ، إِنْ لَمْ تَكُنْ أَضَرَّ

كلام المدونة الذي جعله مخالفا لكلام ابن عرفة .

(و) يجوز (أخذ أحدهما) أي الشريكين (قطنية) كفول (و) أخذ (الآخر قمحاً) فيها لو اقتسما قمحاً وقطنية فأخذ هذا الحنطة وأخذ هذا القطنية يداً بيد جاز ، ولو كان هذا القمح وهذا القطنية زرعاً قد بلغ وطاب الحصاد فلا خير فيه إلا أن يحصداه مكانها ، ابن حبيب إن كان في حصاده تأخير دخله بيع طعام غير يد بيد .

(تنبيه)

ابن عاشر من قوله وجاز صوف على ظهر غنم إلى قوله إن اتفق القمح صفة كله في قسمة المراضاة . وقوله بز خاص بالقرعة بدليل لا كبعل ، وقوله أو ثمر أو زرع فيها وكذا ما بعده فتأمل كلام المصنف تجده في غاية الاجحاف أفاده البناني .

(و) يجوز (خيار) أي شرطه في القسمة (أحدهما) أي المتقاسمين (ك) خيار (البيع) المشترط فيه في قدر مدته المختلفة باختلاف المبيع من عقار ورقيق وبهيم وعرض وفيا يقطعه « ق » فيها للامام مالك «رض» لو اقتسما داراً أو رقيقاً أو عروضا على أن لأحدهما الخيار أياما يجوز مثلها في البيع في ذلك الشيء فجائز ، وليس لمن لا خيار له رده ذلك لمشترطه ، وإذا بنى من له الخيار أو هدم أو ساوم للبيع فذلك كالبيع .

(و) يجوز لمن كانت له شجرة في أرض غيره وانقلعت (غرس) شجرة (أخرى) في مكان شجرته من جنسها أو غيره (إن انقلعت شجرتك من أرض غيرك) بقلعك أو بنحو ريح وسيل (ان لم تكن) الشجرة التي أردت غرسها مكان المنقلعة (أضر) من المنقلعة بأن كانت مساوية لها أو خفيفة عنها ، فإن كانت أضر بكثرة عروقها فلا يجوز لك غرسها الا برضا صاحب الأرض .

«ق» فيها للامام مالك رضى الله تعالى عنه إذا انقلعت نخلة لك في أرض رجل من

الريح أو قلعتها أنت فلك أن تغرس مكانها أخرى . ابن القاسم أي من سائر الشجر التي يعلم أنها لا تكون أكثر انتشاراً ولا أكثر ضرراً بالأرض من النخلة ولا يغرس مكانها نخلتين وانظر لو احتاجت هذه النخلة لتدعيم . ابن سراج ليس له أن يدعمها إلا في حريمها، وفي سماع ابن القاسم ان سقطت الشجرة ونبتت فيهـا خلوف ، فالخلوف لصاحب الشجرة . ابن رشد معناه إن نبتت في موضع الشجرة، لأن من له شجرة في ارض غيره فله موضعها من الأرض وليس لقدره حد معلوم عند الامام مالك رضى الله تعالى عنه ، وهو بقدر ما تحتاج اليه الشجرة ، فإن كان له فيها منفعة يغرسها في ارضه فـله قلعها وإلا فهي لرب الأرض بقيمتها حطبا إن كان لها قيمة وإلا فبغير شيء ، وإن كان بقاؤها مضراً بأصل الشجرة كان لصاحب الشجرة قطعها بكل حال إلا أن يقطـع الذي ظهرت في أرضه العروق المتصلة بالشجرة حتى لا تضر بها فله ذلك ويعطيه قيمتها إن كانت لها قيمة .

(تنبيهات)

الأول : سقي الشجرة التي في أرض غير مالكها على مالكها ، فان امتنع منـه وشربت من ماء صاحب الأرض فالظاهر أنه يلزمه أجرة سقيها ، كما قاله صاحب البيان في رسم الشجرة من سماع عيسى من جامع البيوع فيمن اشترى زيتونة على أن يقلعهـا فتوانى في قلعها حتى أثمرت ، فقال ابن القاسم الثمرة لمشتريها . ابن رشد وعليـه أجرة قيامه عليها إن كان يسقيها ولم يسقها المطر قاله ابن القـاسم ، وعليه كراء موضعها من الأرض إن كان غائبا باتفاق ، وإن كان حاضراً على اختلاف .

الثاني : ابن الحاج إن اتفق الجـيران على من يحرس لهم جناتهم أو كرومهم وأبى بعضهم منه فانه يجبر معهم ، وافتى به ابن عتاب في الدوران اتفق الجيران وأبى بعضهم إلا أن يقول صاحب الكرم أنا أحرسه بنفسي أو يحرسه غلامي أو أخي فله ذلك .

الثالث : أجرة إمامة الصلاة لا يجبر عليها من أباها ولا يحـكم عليه بها لكراهتها ، ولأن الصلاة مع الجماعة سنه ، وينبغي في أجرة إمام الجمعة ان تلزم من أباها ، لأن شهودها فرض عين افاده الحط .

كَغَرْسِهِ بِجَانِبِ نَهْرِكَ الْجَارِي فِي أَرْضِهِ وَحُمِلَتْ فِي طَرْحِ كُنَاسَتِهِ عَلَى الْعُرْفِ ، وَلَمْ تُطْرَحْ عَلَى حَافَتِهِ ، إِنْ وَجَدْتَ سَعَةً ، وَجَازَ أرْتِزَاقُهُ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ ، لاَ شَهَادَتُهُ ،

وشبه في الجواز فقال (كغرسه) أي صاحب الأرض اشجاراً (بجانب نهرك الجاري في ارضه) فيجوز وليس لك منعة منه ولو اضر بماء نهرك ، لهذا ظاهر المدونة ، وقيده اللخمي بما لا يضر وهو مقتضى تمام التشبيه .

(و) إن كنست نهرك (حملت) بضم الحاء المهملة وكسر الميم وفتح التاء (في طرح كناسته) أي النهر الذي بأرض غيرك (على العرف) الجاري بين أهل البلد سواء جرى بطرحها بحافته وكان بحـافته شجر لصاحب الأرض (لم تطرح) أنت كناسة نهرك (على حافته) وفي نسخة شجره واقتصر عليها « غ » (ان وجدت سعة) تطرحها بها. فإن لم تجد سعة بعيدة عن الشجر ووجدت سعة بينه فاطرحها بها ، وإلا فعليـه إن كان العرف الطرح بحافته .

« ق » إن كان لك نهر ممره في أرض قوم فليس لك منعهم أن يغرسوا بحافته شجراً، فإذا كنست نهرك حملت على سنة البلد في طرح كناسته ، فإن كانت الطرح بضفتيه فـلا تطرحها على شجرهم إن أصبت دونها من ضفتيه متسعاً ، فإن لم يكن فبين الشجر فـإن ضاق عنها طرحت فوق شجرهم إن كانت سنة بلدهم طرح طين النهر على حافته. أبو الحسن فإن لم تكن سنتهم ذلك فعلى رب النهر حملها إلى حيث تطرح .

(وجاز) للقاسم (إرتزاقه) أي أخذ القاسم أجرة على قسمه (من بيت المـال) ويلزم من هذا جواز إعطاء ناظر بيت المال الأجرة للقاسم كالقاضي والعامل والساعي وكل من تحصل به منفعة للمسلمين (لا) تجوز (شهادته) أي القاسم بما خص كل واحـد ممن قسم بينهم إذا اختلفوا في ذلك لأنها شهـادة على فعل نفسه إذا عزل القاضي الذي ولاه القسم أو مات ولم توجد الوثيقة . « ق » سمع القرينان إذا قدم القاضي عدلاً للقسم بـين قوم فأخبره بما صار لكل منهم قضى به وإن لم يعلمه إلا بقوله . ابن رشد وكذا كل ما لا

يباشره وإن اختلفوا بعد أن نفذ بينهم ما أخبره به القاسم ولم يوجد رسم أصل القسمة التي قضى بها ، فقول القاسم وحده مقبول عند القاضي الذي قدمه ، لا عند غيره ، كما لا تجوز شهادة القاضي بعد عزله على ماضي حكمه ، وهذا معنى قولها لا تجوز شهادة القسام فيما قسموا .

ابن عرفة ما قاله ابن رشد وفسر به المدونة مثله عن ابن الماجشون ابن حبيب وكذلك العاقد والمحلف والكاتب والناظر للعيب لا تجوز شهادتهم عند غير من أمرهم وحدهم ولا مع غيرهم ، كما لا تجوز شهادة المعزول فيما يذكر أنه حكم به ، وهو تفسير قول الإمام مالك رضي الله تعالى عنه . وحاصل المسألة أن شهادة القسام فيما قسموه بأمر القاضي جائزة عنده ولو بعد إنفاذ حكمه بالقسمة عند اختلاف الورثة وضياع المستند الذي فيه القسمة ، ولا تجوز شهادتهم عند غير من أمرهم لا وحدهم ولا مع غيرهم ، والله أعلم .

(و)جاز للمشتركين على السواء (في قفيز) بفتح القاف وكسر الفاء آخره زاي . في المصباح القفيز مكيال وهو ثمانية مكاكيك وجمعه أقفزة وقفزان. ثم قال والمكوك مكيال وهو ثلاث كيلجات ، والكيلجة وسبعة أثمان منا ، ثم قال والمنا الذي يكال به السمن وغيره ، وقيل يوزن به رطلان وتثنيته منوان وجمعه أمناء مثل سبب وأسباب . وفي لغة تميم من بالتشديد وجمعه أمنان ، وتثنيته منان على لفظه من بر مثلاً (أخذ أحدهما) أي الشريكين في القفيز (ثلثيه) أي القفيز والآخر ثلثه بقسمة المراضاة ، إذ غايته أن أخذ الثلث أخذ بعض حقه ووهب لشريكه السدس تمام النصف الذي كان يستحقه .

« ق » ابن رشد الصبرة الواحدة من مكيل أو موزون لا خلاف في جواز قسمها على الاعتدال في الكيل أو الوزن ، وعلى التفضيل البين كان ذلك مما يجوز فيه الفضل أو من الطعام المدخر الذي لا يجوز فيه الفضل ، ويجوز ذلك كله بالمكيال المعلوم والمجهول وبالصنجة المعلومة والمجهولة ، ولا خلاف أيضاً إن قسمه جزافا بغير كيل ولا وزن ولا تحر لا يجوز لأنه غرر ومخاطرة ، وإن كان من الطعام المدخر دخله أيضاً عدم المماثلة. وأما

لَا إِنْ زَادَ عَيْناً ، أَوْ كَيْلاً لِدَنَاءَةٍ ، وَفِي كَثَلَاثِينَ قَفِيزاً ، أَوْ وَثَلَاثِينَ دِرْهَماً ، أَخَذَ أَحَدُهُمَا عَشَرَةَ دَرَاهِمَ ، وَعِشْرِينَ قَفِيزاً إِنِ اتَّفَقَ الْقَمْحُ صِفَةً ،

قسمه تحريا فلا يجوز في المكيل ويجوز في الموزون . اللخمي الفضل يجوز في القسمة بخلاف البيع ، فلو كانا شريكين في قفيز طعام بالنصف فاقتسماه الثلث والثلثين جاز ، والتراخي جائز كما جاز القرض يأخذ مائة دينار ليردها بعد سنة ، وفيها لو قسما مائة قفيز قمحاً ومائة شعيراً فأخذ هذا ستين قمحاً وأربعين شعيراً وأخذ الآخر ستين شعيراً وأربعين قمحاً، فذلك جائز . أبو الحسن جعل القسمة تميز فلذلك أجازها يدل عليه قوله لأن هذا لم يأت أحدهما بطعام والآخر بطعام ودراهم الخ . ولو جعلها بيعاً لمنعها كما قال في السلم لو أخرج أحدهما مد قمح ومد شعير والآخر مثله أنه لا يجوز .

(لا) يجوز القسم لمشترك ربوي كمين أو طعام مختلف بالجودة والرداءة على أخذ أحدهما الجيد والآخر الرديء (إن زاد أحدهما) أي المقتسمين وهو آخذ الجيد (عيناً) أي دنانير أو دراهم لآخذ الرديء لخروجها عن المعروف بدوران الفضل من الجانبين كدنانير عشرة محمدية وأحد عشر يزيدية يأخذ هذ المحمدية وهذا اليزيدية ، وكإردب قمح جيد وإردب قمح رديء يأخذ الجيد والآخر يأخذ الرديء ، ويزيده آخذ الجيد ديناراً (أو) زاد أحدهما وهو آخذ الجيد (كيلاً) في قسمة طعامين جيد ورديء (لدناءة) في قسم المزيد له كإردب قمح جيد وإردبي قمح رديء يأخذ هذا الجيد والآخر الرديء وإردب قمح وإردبي شعير . « ق » فيها عن ابن القاسم رحمه الله تعالى لا يجوز في قسمة تمر الحائط تفضيل في الكيل لرداءة حظه ولا التساوي في المقدار على أن يؤدي آخذ الجيد ثمناً لصاحبه .

(و) جاز لمشتركين بالسوية (في كثلاثين قفيزاً) قمحاً مثلاً (وثلاثين درهماً أخذ أحدهما) أي المتقاسمين بالمراضاة (عشرة دراهم وعشرين قفيزاً) وأخذ الآخر عشرين درهماً وعشرة أقفزة (إن اتحد القمح صفة) بأن كان كله سمراء أو محمولة نقياً أو غلثاً ،

وَوَجبَ غَرْبَلَةُ قَمْحٍ لِبَيْعٍ ، إنْ زَادَتْ غَلَّتُهُ عَلَى الثُّلُثِ وإلاَّ نُدِبَتْ ، وَجَمْعُ بَزٍّ ،

فإن اختلفت صفته فلا يجوز لاختلاف الأغراض ، فينتقي المعروف ، ولأن عدولهما عن الأصل الذي هو أخذ كل حصته من العين والأقفزة إلى غيره إنما يكون لغرض وهـو هنا المكايسة ، وهذا يقتضي أنه لا بد من اتفاق صفة الدراهم أيضاً ، لكن كلام اللخمي يدل على أنه لا يشترط اتفاق صفة الدراهم لأنها لا تراد لأعيانها . « ق » الذي في المدونة لو قسما ثلاثين قفيزاً من القمح وثلاثين درهما فأخذ واحد الدراهم وعشرة أقفزة وأخـذ الآخر عشرين قفيزاً جاز إن تساوى القمح في النفاق والجودة والجنس ، لأن هذا لم يأت أحدهما فيه بطعام وأتى الآخر بطعام ودراهم فيكون فاسداً .

(و)من أراد بيع قمح مثلاً مغلوث بنحوتين وطين (وجبت) عليه وجوباً شرطاً في صحة البيع (غربلة) ك(قمح لـ)إرادة (بيع) له (إن زاد غلته على الثلث) لأن بيعه بدون غربلته غرر وخطر لجهل قدره (وإلا) أي وإن لم يزد غلته على ثلثه بأن كان ثلثه أو أقل منه (ندبت) غربلته ، فلو قال حب بدل قمح لكان أحسن لشمولـــه القمح وغيره ، ومفهوم لبيع أنه لا تجب غربلته لإرادة قسمته وهو كذلك فيها يغربـــل القمح المبيع ، وهـــو الحق الذي لا شك فيه ، ولو كان بينهما طعام مغلوث وهو صبرة واحدة جاز أن يقسماه .

المتيطي أما غربلة القمح من التبن والغلث فذلك عند البيع واجب إن كان التبن والغلث فيه كثيراً يقع في أكثر من الثلث ، لأن بيعه على ما هو عليه من الغرر ، وتستحب إن كان التبن والغلث فيه يسيراً ونحوه لابن رشد ، وهذا على أن القسمة تميز لا بيع . وفي نسخة كبيع بكاف التشبيه ، وهذه تفيد وجوب الغربلة بشرطها في القسمة أيضاً ، وهو تأويل أبي عمران . أبو الحسن عقب نصها المتقدم ظاهره وإن كان الغلث كثيراً ، وقال أبو عمران معناه في الخفيف ، وأما الكثير فلا يجوز وإن كان في صبرة واحدة .

(و) جاز (جمع) بفتح فسكون (بز) بفتح الموحدة وشد الزاي ، أي ثياب في

وَلَوْ كَصُوف ، وَحرِير ، لاَ كَبَعْل ، وذَاتِ بِئْر أو غَرْب ، وثَمَر أو زَرْع ، إنْ لَمْ يَجُذَّاهُ :

في قسمة القرعة إن كانت من صنف واحد ، بل (ولو) كانت من أصناف (كصوف وحرير) وقطن وكتان . « ق » فيها لابن القاسم رحمه الله تعالى أرأيت من مات وترك ثياب حرير وقطن وكتان وجباباً وأكسية أيقسم كل نوع على حدة أم يجعل ذلك كله في القسم كنوع واحد ، قال أرى أن يجمع البز كله في القسمة فيجعل نوعاً واحداً فيقسم على القيمة مثل الرقيق عند الإمام مالك رضي الله تعالى عنه نوع واحد ، وفيهم الصغير والكبير والهرمة والجارية الفارهة وثمنهم متفاوت بمنزلة النوعين أو أشد ، فالبز عندي بهذه المنزلة ، وكذلك تقسم الإبل وفيها أصناف ، والبقر وفيها أصناف ، فتجمع كلها في القسم على القيمة . عياض البز بفتح الباء أطلقه في الكتاب على كل ما يلبس كان صوفاً أو خزاً أو كتاناً أو قطناً أو حريراً مخيطاً أو غير مخيط .

(لا) يجوز أن يجمع في قسمة القرعة (كبعل) أي أرض يشرب زرعها بعروقه من ندواتها فيستغنى عن السقي (و) أرض (ذات) أي صاحبة (بئر) يسقى زرعها بمائة (أو) ذات (غرب) بفتح الغين المعجمة وسكون الراء ، أي دلو كبير ينزع به الماء من البئر لسقي الزرع ، لأن زكاة زرع البعل العشر وزكاة زرع ذات البئر أو الغرب نصف العشر ، ولو قدم هذا عند قوله ولو بعلا وسيحاً لكان أحسن . « ق » في الموطأ يجوز قسم البعل مع ما يسقى سيحاً دون نضح . الباجي هذا مشهور المذهب لأنهما زكيان بالعشر . ابن زرقون لا يجمع البعل مع النضح ولا مع السيح اتفاقاً إلا على رواية بيع الزرع قبل بدو صلاحه بالتحري على أن يجذاه مكانهما إن كان يستطاع أن يعدل بينهم فيه في قسمه تحرياً .

(ولا) يجوز قسم (ثمر) على شجره (وزرع) قائم بأرضه بالتحري (إن لم يجذاه) أي لم يدخل المتقاسمان على جذ الثمر أو الزرع عقب قسمه بأن دخلا على إبقائه إلى انتهاء طيبه أو أطلقا ، فإن دخلا على جذه عقبه جاز . « غ » أشار بهذا المفهوم إلى قولها

كَقَسْمِهِ بِأَصلِهِ، أو قَتّاً أو ذَرْعاً

لا بأس بقسمة البلح الصغير بالتحري على أن يجداه مكانهما إذا اجتهدا حتى يخرجا من وجه الخطار وإن لم تختلف حاجتهما إليه ، وإن اقتسماه وفضل أحدهما صاحبه بأمر يعرف فضله جاز ذلك كما يجوز في البلح الصغير بلح نخلة ببلح نخلتين ، على أن يجداه مكانهما ، ولمفهوم قولها قبله لا بأس بقسمة الزرع قبل أن يبدو صلاحه بالتحري على أن يحصداه مكانهما إن كان يستطاع أن يعدل بينهما في قسمه تحرياً ، وكذلك القضب والتبن ، فإن تركا الزرع حتى صار حباً انتقض قسمه وقسم ذلك كله كيلاً .

وشبه في المنع فقال (كقسمه) أي المذكور من الثمر والزرع (بأصله) أي مع شجره أو أرضه فلا يجوز ، لأنه بيع طعام وشجر أوأرض بمثلها (أو) قسم الزرع (قتاً) بفتح القاف وشد المثناة أي حزماً فلا يجوز ، لأنه غرر لعدم تحقق مماثلتها (أو) قسمه (ذرعاً) أي بالذراع والقصبة والفدان فلا يجوز لذلك ، فيها للإمام مالك رضي الله تعالى عنه إذا ورث قوم شجراً أو نخلاً وفيها ثمر فلا يقسمون الثمار مع الأصل . ابن القاسم وإن كان الثمر طلعاً أو بلحاً إلا أن يجذوه مكانه . الباجي منع قسمها مع الطلع لأنه مأكول يجري فيه الربا ، ولا يجوز قسمها دون الطلع لأنها ثمرة لم تؤبر ، فإن كان الثمر لم يبلغ أن يكون طلعاً أو بلحاً حلواً فيجوز قسمه مع النخل .

قال الإمام مالك رضي الله تعالى عنه وكذلك الزرع لا يقسم مع الأرض ، ولكن تقسم الأرض والأصول وتترك الثمرة والزرع حتى يبدو صلاحه ، ويحل بيعه فيقسمونه حينئذ أو يبيعونه ، ويقسمون ثمنه ولا يقسم الزرع فدادين ولا مزارعة ولا قتاً .

البناني حاصل المسألة أن الأصول التي لم يؤبر ثمرها لا يجوز قسمها لا وحدها ولا مع ثمرها ، لأن قسمها وحدها فيه استثناء ما لم يؤبر ، والمشهور منعه وقسمها مع ثمرها فيه طعام وعرض بطعام وعرض ، وجعل الثمر الذي لم يؤبر طعاماً لأنه يؤل إليه . ابن سلمون وإذا كان في الأرض زرع مستكن أو في الأصول ثمرة غير مأبورة فلا تجوز القسمة في الأرض والأصول بحال حتى تؤبر الثمرة ويظهر الزرع ، لأن ذلك مما لا يجوز

استثناؤه ، حكى هــذا سحنون في الثمر . ابن أبي زمنين وهو بين صحيح على أصولهم والزرع عندي مثله .

« غ » وأما الكتان ففي النوادر عن سحنون لا يعتدل قسم الكتان قتاً وزريعته فيه ، أو بعد زوالها حتى يدق فيقسم ، وعلى هذا اقتصر ابن عرفة . وزاد وفي كون القطن قبل زوال حبه كذلك نظر ، والأحوط منعه وفي النوادر أيضاً ابن حبيب يجوز قسم الكتان قائماً لم يجمع وحزماً قد جمع قبل إدخاله الماء وبعد إخراجه وقبل نفضه وبعده على التعديل والتحري أو الرضا بالتفضيل .

اللخمي مالك في كتاب ابن حبيب كل ما يجوز فيـــه التفاضل فلا بأس بقسمته في شجره على التحري رطبـــاً ويابساً أو بالأرض مصبراً مثل الفواكه الرطبة وثمر البحائر والكتان والخبط والنوى والتبن تحرياً ، وإن كان الكتان أو الحناء قائماً قبل أن يجمع أو بعد ما جمع . طفي وثمر وزرع الثمر بالثاء المثلثة ، وظاهره أنه أراد به جميع الثمار وهو كذلك وحمله جمع من الشراح على قسمه قبل طيبه في الثمر والزرع ونحوه قول المعين ، فإن اقتسما الزرع الأخضر فدادين على التحري ، أو اقتسما الثمرة قبل طيبهـــا فذلك لهما إذا حصدا وجذا ذلك مكانهما . ولا يجوز على التأخير لهما أو لأحدهما ومن أراد التبقية منهما أجبر له الآخر عليها ا هـ ، وفيها لا بأس بقسم الزرع قبل بدو صلاحه بالتحري على أن يجذاه مكانهما إن كان يستطاع أن يعدل بينهم في قسمه تحرياً ، وكذلك القضب والتبن ثم قال ولا بأس بقسم البلح الصغير بالتحري على أن يجذاه مكانهما إذا اجتهدوا حتى يخرجوا من وجه الخطار وإن لم تختلف حاجتهما إليه وإن اقتسماه ، وفضل أحدهما صاحبه بأمر يعرف فضله جاز كما يجوز فيه بلح نخلة ببلح نخلتين على أن يجذاه مكانهما ا هـ ، ثم قــال ولك ان تعمم كلام المصنف في الثمر سواء كانت قبل طيبه أو بعده في الفواكه التي يجوز فيها التفاضل فيجوز قسمها جميعها بعد طيبها بالتحري على أن يجد إمكانهما ، ففيهـــا لا يعجبني قسم البقل بالخرص ، لأن مالكاً رضي الله تعالى عنه كرهه في الثمار والبقل أبعد في الخرص منها فأكره قسمه به .

وقال أشهب يقسم به إذا بدا صلاحه ، فقال عياض قوله في البقل لا يعجبني بالخرص، ثم ذكر قياس ذلك على قول مالك في منع قسمة الثمار بالخرص غير النخل والعنب ، ثم قال والبقل أبعد من الثمار ، فاختلف في تأويلها فحملها سحنون على المنع جملة ، وأنكر ذلك عليه ابن عبدوس ، وقال إنما منع ذلك ابن القاسم إذا كانت على التأخير . وأما على الجذ فتجوز وهو قول أشهب .

وهذا دليل الكتاب بعد عندهم في مسألة الزرع أنه يجوز بيعه بالخرص على الجذاذ ، وكذلك في البلح الصغير ، وكذا قوله في قداني كراث بفدان كراث أو سريس أو سلق ، قال لا خير فيه إلا على الجز ، ثم قال وكذلك البقل عندي كله يبين أن المنع عنده إن لم يكن على الجز اه، وكلامه وإن كان في البقل لكن يؤخذ العموم من استدلاله في جميع الثمار ولو بعد طيبها ما عدا ما يحرم الفضل فيه ، وهو ظاهر ، ولا شك أن الثمار التي منع مالك الخرص فيها بعد الطيب . والمراد بالتأخير غير النخل والعنب .

وقال ابن رشد قسم الزرع قبل بدو صلاحه على أن يحصد كل منهما مكانه جائز على الإختلاف في قسمة البقل القائم بالخرص والتمر الذي يجوز فيه التفاضل اه ، فعلم من كلام ابن رشد وعياض التسوية بين البقل والثمار التي يجوز فيها الفضل والزرع قبل بدو صلاحه لاشتراك الجميع في العلة ، وهو جواز الفضل ، والمراد بالبقل غير ما يحرم الفضل فيه كالبصل ونحوه ، ولا فرق فيما يجوز فيه الفضل بين طيبه وعدمه حيث دخلا على جزه ، والله الموفق .

(أو) قسم (فيه فساد) للمقسوم فلا يجوز لأنه إضاعة مال (كياقوتة أو كجفير) كذا في كثير من النسخ بجيم وفاء عقبها تحتية وراء ، وفي بعض كخفين مثنى خف ، فعلى الاول المعنى ظاهر وهو منع قسمة ما يفسد بها لا بالقرعة ولا بالمراضاة ، كلؤلؤة وفص وخاتم وجفير سيف ، وأما على الثاني فلا يخلو الكلام من أشكال ، لأنه إما أن المنفى قسمة القرعة فيفهم أن قسمة المراضاة جائزة في الياقوتة والجفير جميعاً ، وليس كذلك ، لأن قسم اللؤلؤة والفص والخاتم والياقوتة لا يجوز بالمراضاة ولا بالقرعة . وإما أن

يكون المنفى القسمة مطلقاً فيفهم منـــه أن الخفين لا يجوز قسمها بالمراضاة ، وليس كذلك ، بل يجوز قسم الخفين والنعلين والمصراعين والبـــاب والثوب الملفق من قطعتين والرحا بالمراضاة قاله في المدونة .

أبو الحسن في قسم الرحا بأن يأخذ هذا حجراً وهذا حجراً . قلت مثله الكتاب من سفرين أو أسفار والله أعلم ، والسواران والقرطان كما قال ابن رشد فيما إذا ظهر العيب بأحد المزدوجين . وقال ابن راشد في اللباب وماله أخ لا يقسم إلا بالتراضي . وقـــال الرجراجي وما هو زوج لا يستغنى بأحدهما عن صاحبه كالخفين والبابين والغرارتين فلا يقسم بين الشريكين إلا بالتراضي ، والله أعلم ، فيها قال الإمام مالك رضي الله تعالى عنه في الجذع بين الرجلين أراد أحدهما قسمته وأباها صاحبه لا يقسم .

أشهب إنما القسم في غير الرباع والارضين فيما لا يحال عن حـــاله ولا يحدث بقسمه قطع ولا زيادة دراهم . قال الإمام مالك رضي الله تعالى عنه لا يقسم الثوب بينهما إلا أن يجتمعا عليه ، وكذا الخفان والنعلان والجل والخرج لا يقسم إذا أبى ذلك أحدهم . ابن القاسم والفص والياقوتة واللؤلؤة والخاتم ، هذا كله لا يقسم عند الامام مالك رضي الله تعالى عنه . وفي الذخيرة قاعدة يمتنع القسم تارة لحق الله تعالى للغرر كقسمة المختلفـات بالقرعة أو للربا كقسم الثمار بشرط التأخير إلى طيبها ، لأنه بيـع طعام بطعام غير معلومي التماثل أو لإضاعة المال كقسم ياقوتة ، وتارة لحق آدمى كقسم دار صغيرة وحمـــام ومصراعي باب ، ويجوز بالتراضي ، إذ للآدمى إسقاط حقه ، بخلاف حق الله تعـالى فليس له إسقاطه .

(أو قسم) ثمر معلق (في أصله) أي الشجر (بالخرص) بفتح الخاء المعجمة وسكون الراء آخره صاد مهملة، أي الحزر فلا يجوز للغرر ، وشبه في المنع فقال (ك) قسم(بقل) بفتح الموحدة وسكون القاف قائم بأرضه بالخرص ، فلا يجوز للغرر فيها لابن القاسم إذا ورث قوم بقلا قائما فلا يعجبني أن يقتسموه بالخرص وليبيعوه ويقتسموا ثمنه ، لأن مالكاً

رضي الله تعالى عنه كره قسم ما فيه تفاضل من الثمار بالخرص فكذلك البقل .

واستثنى من الثمر في أصله فقال (إلا التمر) بالمثناة وسكون الميم ، أي البلح الذي قد يؤول إلى كونه تمراً (أو العنب) فيجوز قسمها في أصلها بالخرص لسهولة خرصها وخفة غرره لظهورهما وعدم استتارهما ، فيها للامام مالك رضي الله تعالى عنه أما ثمر النخل والعنب فإنه إذا طاب وحل بيعه واحتاج أهله إلى قسمه ، فإن كانت حاجتهم إليه واحدة مثل أن يريدوا كلهم أكله أو بيعه رطباً فلا يقسم بالخرص . ابن القاسم لأنه إذا كانت حاجتهم إليه واحدة كان بمنزلة الطعام الموضوع بينهم فلا يقسمونه إلا كيلاً .

قال الإمام مالك رضي الله تعالى عنه إذا ورث قوم شجراً غير النخل فلا يقسمون ما على رؤوسها إذا طاب بالخرص والفواكه من الرمان والخوخ والفرسك . وما أشبهه لا تقسم بالخرص ، وإن احتاج إليه أهله ، وإنما يقسم بالخرص النخل والعنب إن اختلفت حاجة أهله إليه فأراد بعضهم أن يبيع وآخر أن يتمر وآخر أن يأكل رطباً وحل بيعه إذا وجدوا عالماً بالخرص . ابن القاسم إذا لم يطب ثمر النخل والعنب فلا يقسم بالخرص ويجذونه إن أردوا قسمه ثم يقسمونه كيلاً وساوى الامام مالك رضي الله تعالى عنه في سماع أشهب وابن نافع بين ثمار العنب والتين وغيرهما مما لا يجوز فيه التفاضل ، وإلى هذا السماع أشار في المدونة بقوله وذكر بعض أصحابنا أن مالكاً أرخص في قسم الفواكه بالخرص ، وهذا السماع أظهر وأوضح في المعنى من رواية ابن القاسم .

ويجوز قسم ثمر النخل والعنب (إذا اختلفت حاجة أهله) بأن أراد بعضهم تتميره وبعضهم أكله رطباً وبعضهم بيعه وبعضهم إهداءه ، فهذان شرطان الحاجة إليه واختلافها ، فإن لم يحتاجوا إليه أو اتفقت حاجتهم فلا يجوز قسمه بالخرص وإن اختلفت بما مر جاز ، بل (وإن) كان اختلافها (بكثرة آكل) وقلته بمد الهمز وكسر الكاف أو بقصره وسكون الكاف ، واستظهر البساطي الأول . اللخمي إن اختلف حاجتهما لفضل عيال أحدهما على عيال الآخر جاز أن يقتسما بالخرص القدر الذي يحتاج إليه أكثرهما عيالاً .

وَقَلَّ وَحَـــلَّ بَيْعُهُ وَاتَّحَدَ مِنْ بُسْرٍ أَوْ رُطَبٍ : لاَ تَمْرٍ ، وَقُسِمَ بِالْقُرْعَةِ بِالتَّحَرِّي ، كَالْبَلَحِ الْكَبِيرِ ،

(و) إذا (قل) الثمر المقسوم بالخرص . ابن عرفة في كراهـــة الخرص في الكثير روايتا الباجي ، وظاهرها (و) إذا (حل) بفتح الحاء المهملة واللام مشدده ، أي جاز (بيعه) أي الثمر بطيبه وبدو صلاحه فيها لا يقسم بالخرص إلا إذا طاب وحل بيعـــه (و) إذا (اتحد) طور المقسوم بأن كان كله (من بسر) بضم فسكون (أو رطب) بضم ففتح . أشهب إن كان بينهما بسر ورطب فلا يجوز أخذ أحدهما البسر والآخـــر الرطب بالخرص وليقتسموا كلا منهما به ، وهذان شرطان اتحاد الطور وكونـــه من بسر أو رطب .

وصرح بمفهوم ثانيها فقال (لا) يقسم بالخرص ما اتحد من (تمر) بالمثناة وسكون الميم ولو اختلفت أنواعه كصيحاني وبرني وعجوة (وقسم) بضم فكسر ثمر النخـــل والعنب (بالقرعة) بضم القاف وسكون الراء (بالتحري) أي الحزر . الباجي هـــذه القسمة لا تجوز إلا بالقرعة وهو ظاهر قول أصحابنا ، لأنـــه تميز حق ، ولأن المراضاة بيع محض فلا تجوز في المطعوم إلا بقبض ناجز . وشرط هذا القسم تساوي الكيل ، وإن كان بعضه أفضل كالعنب الابيض والاسود ، ويجمع على التساوي . اللخـــمي يجوز أن يفضل أحدهما على الآخر على وجه المكارمة فيأخذ ما خرصه عشرة أوسق والآخر ما خرصه خمسة أوسق لأنه معروف إلا إذا كان الأكثر أدنى . الباجي فإن أبى أحدهم قسم كل نوع على حدته قال الامام مالك رضي الله تعالى عنه إلا أن يحبا المقاواة .

وشبه في جواز قسم الثمر في أصله بالخرص فقال (ك) قسم (البلح الكبير) فيهـــا يجوز قسم البلح الكبير إذا اختلفت حاجة أهله وهو كالبسر في حرمـــة الفضل ، ومن عرف حظه فهو قبض له ، وإن لم يجذه ، وإن جذه بعد ثلاثة أيام أو أكثر جـــاز ما لم يتركه حتى يزهى ، فإن أزهى بطل قسمه وناقض بعضهم بين قولها إذا حل بيعها وأجازتها قسم البلح الكبير . المصنف ولعلهم إنما شرطوا الطيب هنا لأنه يجوز تأخيره بعد القسم

وَسَقَى ذُو ٱلْأَصْلِ ؛ كَبَائِعِهِ ٱلْمُسْتَثْنِي ثَمَرَتَهُ ، حَتَّى يُسَلِّمَ ،
أَو فِيهِ تَرَاجُعٌ ،

إلى أن يصير تمراً ولا يبطـل القسم ، بخلاف البلح ، فإنه إذا ترك حتى أزهى بطل القسم .

أبو الحسن من دعى إلى قسم المزهية بالخرص فذلك له ، ومن دعى إلى قسم البلـح الكبير لا يجاب ولا يقسم بالخرص إلا مراضاة والفرق إنهـا إن كانت مزهية فالداعي منهما إلى بقاء الثمرة يقدر على ذلك إذا وقع القسم وإن كانت بلحاً فلا يقدر الذي أراد البقاء على ما أراد ، لأن بقاءها إلى الطيب يفسد القسم فاعلم ذلك اه .

(و) إذا قسمت الثمرة لاختلاف الحاجة ثم قسمت الاصول فوقـع نصيب كل من الثمرة في أصل الآخر (سقي ذو) أي صاحب (الاصل) أصله وإن كانت ثمرته لغيره على المشهور ، وشبه في وجوب السقي فقال (ك) سقي (بائعه) أي الاصل (المستثنى) بكسر النون ، أي المشترط (ثمرته) أي الاصل المبيع فسقيه عليه حتى يجذ ثمرتـه ويسلمه لمشتريه . « ق » فيها لابن القاسم رحمه الله تعالى إذا اقتسما الثمرة كما وصفنا بعد قسمة الاصول كان على واحد منهم سقي نخله ، وإن كان ثمرها لغيره ، لأن على صاحب الاصل سقيه إذا باع ثمرته . وقال سحنون السقي ههنـا على رب الثمرة لأن القسم تمييز حق . ابن يونس ما قال سحنون هو الصواب ، وأما من باع أصل حائط دون ثمرتـه فالسقي على البائع ، لأن المبتاع لا يسلم له الاصل حتى يجذ البائع ثمرته ، وقاله الإمـام مالك رضي الله تعالى عنه .

وعطف على الممنوع فقال (أو فيه) أي القسم (تراجع) أي رجوع أحد المتقاسمين بمال على الآخر لعدم تساوي القسمين في القيمة ، كدارين قيمـة إحداهما مائة والأخرى خمسون على أن من صارت له ذات المائة يدفـع خمسة وعشرين لمن صارت له ذات الخمسين فلا يجوز ، لأنه غرر ، إذ لا يدري كل منهما حين القسم هل يرجع أو يرجع عليه ، وهذا في قسمة القرعة . وأما في قسمة التراضي فيجوز لانتفاء الغرر ويمتنع بالقرعة في كل حال

إلاَّ أنْ يَقِلَّ ، أو لَبَن فِي ضُرُوع ، إلاَّ لِفَضْل بَيِّن ، أو قَسَمُوا بِلاَ مَخْرَج مُطْلَقاً ،

(إلا أن يقل) بفتح فكسر مثقلا ما يرجع به أحدهما على الآخر فيغتفر ، ويجوز القسم المشتمل عليه بالقرعة . اللخمي لأنه لا بد منه ولا يتفق في الغالب كون قيمتي الدارين سواء ، فإن اختلفت قيمتا الدارين فكان بينهما يسير مثل كون قيمة إحداهما مائة والأخرى تسعين فلا بأس أن يقترعا على أن من تصير له التي قيمتها مائة يعطى صاحبه خمسة ، وتعقبه ابن عرفة فانظره ، ونصه ظاهر الروايات منع التعديل في قسم القرعة بالعين ، وليس من شرط قسم الدور استقلال كل شريك بدار كاملة . وفي الرسالة وقسم القرعة لا يكون إلا في صنف واحد ولا يؤدي أحد الشركاء ثمناً ، فإن كان فيه تراجع فلا يجوز القسم إلا بتراض . عياض لا يجوز تعديل السهام بزيادة دراهم أو دنانير أو غير ذلك من غير جنس المقسوم من إحدى الجهتين ، وجزم المصنف في توضيحه بما قاله اللخمي ، والله أعلم .

(أو قسم لبن) لنعم وهو (في ضروع) بأن يأخذ أحدهما شاة أو بقرة أو ناقة يحلبها والآخر شاة أو بقرة أو ناقة يحلبها فلا يجوز ، لأنه غرر في كل حال (إلا لفضل بين) بكسر الياء مشددة أي ظاهر فيجوز بالتراضي ، كأخذ أحدهما شاة والاخر بقرة أو ناقة ، لأنه معروف . « ق » فيها لابن القاسم رحمه الله تعالى لا يجوز قسم اللبن في الضروع ، لأنه مخاطرة . وأما إن فضل أحدهما الآخر بأمر بين على وجه المعروف وكان إذا هلك ما بيد أحدهما من الغنم يرجع فيما بيد صاحبه فذلك جائز ، لأن أحدهما ترك للاخر فضلاً بغير معنى القسم .

(أو قسموا داراً) مثلا على أن نصيب أحدهم (بلا مخرج) بفتح الميم والراء وسكون الخاء المعجمة ، أي باب يخرج منه ولا يخرج من الباب الذي في نصيب الآخر ، ولا يمكن فتح باب آخر يخرج منه لإحاطة أملاك الناس بها فلا يجوز (مطلقاً) أي عن التقييد بكون القسمة بالقرعة لأنها إضاعة مال فيها، وإن اقتسما داراً أي بتراض فأخذ أحدهما

وَصَحَّتْ ، إنْ سَكَتَا عَنْهُ ، وَلِشَرِيكِهِ ٱلِانْتِفَاعُ ، وَلَا يُجْبَرُ عَلَى قَسْمِ مَجْرَى ٱلْمَاءِ ،

دبرها والاخر مقدمها على أن لا طريق لصاحب المؤخر على الخارج جاز على ما شرطاه ، ورضياه إن كان له موضع يصرف إليه بابه ، وإلا فلا ، وكذلك إن اقتسما على أن يأخذ أحدهما الغرف على أن لا طريق له في السفل ، فعلى ما ذكرنا وإن اقتسما أرضاً على أن لا طريق لأحدهما على الآخر وهو لا يجد طريقاً إلا عليه فلا يجوز ، وليس هــذا من قسم المسلمين .

(وصحت) القسمة لماله مخرج واحــد ولا يمكن غيره (إن سكت) بضم فكسر (عنه) أي المخرج حال القسم بأن لم يشترطوا شيئاً ووقع المخرج في قسم أحــدهم وصار ملكاً له وحده (ولشريكه) أي من وقع المخرج في نصيبه (الانتفاع) بالمرور منه عند ابن القاسم وهو المشهور ، فيها إن اقتسموا البناء ثم اقتسموا الساحة ولم يذكروا الطريــق فوقع باب الدار في حظ أحدهم ورضى بذلك صاحبه ، فإن لم يشترطوا في أصل القسم أن طريق كل حصة ومدخلها فيها خاصة ، فإن الطريق بينهما على حالها وملك باب الدار لمن وقع في حظه ولباقيهم فيه الممر .

(و) إن اشتركوا في الماء ومجراه وطلب أحدهم قسم مجراه وأباه الآخر ف (لا يجبر) بضم التحتية وفتح الموحدة الآبى (على قسم مجرى) بفتح الميم والراء وسكون الجيم أي محل جريان (الماء) لأنه إذا تعدد مجراه لا يستوي جريه فيــه ، بل قد يجري في بعضها أكثر من جريانه في غيره فيلزم غبن بعض الشركاء فيه ، فيها لا يقسم أصل العين والآبار ، ولكن يقسم شربها بالقلد ولا يقسم مجرى الماء ، وما علمت أن أحــداً أجازه وإن ورثوا قرية على أجزاء مختلفة ولها ماء ومجري ماء ورثوا أرضها ومامها وشربها وشجرها قسمت الأرض بينهم على قدر مواريثهم منه .

أبو الحسن أطلق المجرى هنا على الماء الجاري ولم يرد موضعه الذي يجري فيه اهـ ، ابن ناجي أطلق المجرى هنا على الماء الجاري ، وإنما منع قسمه لما فيه من النقص والضرر ، لأنه

لا يتأتى إلا بحاجز بين النصيبين أما في أصل العين وهو يؤدي إلى نقص الماء أو غوره إن صادف الحاجز الينبوع . وأما في محل جريه وهو لا يضبط الانصباء لأنه قد يعرض له ما يميل به إلى إحدى الجهتين . البساطي أي لا يجبر على قسم الأرض التي هي محل جري الماء ، إذ الماء لا ضابط له في جريه ، لأنه يعرض له من الريح ما يميل به عما كان مائلاً عنه ومفهوم عدم الجبر جوازه بالتراضي .

(وقسم) بضم فكسر الماء المشترك (بالقلد) بكسر القاف وسكون اللام فدال مهملة ، أي القدر المملوءة ماء المثقوبة من أسفلها المتعلقة حتى يفرغ الماء الذي فيها ، وأصله الماء المجعول فيها ، ثم استعمل فيها العلاقة الحالية ثم صار حقيقة ، وقد يتجوز به إلى آلة إيصال كل ذي حق حقه لعلاقة الخاصية . ابن حبيب تفسير قسمة الماء بالقلد إن تحاكموا فيه ، وأجمعوا على قسمه أن يأمر الإمام رجلين مأمونين أو يجتمع الورثة على الرضا بهما فيأخذان قدراً من فخار أو شبهه فيثقبان في أسفلها بثقب يمسكانه عندهما ، ثم يعلقانها ويجعلان تحتها قصرية ويعدان الماء في جرار ، ثم إذا انصدع الفجر صبا الماء في القدر فيسيل الماء من الثقب فكلما هم الماء أن يفرغ صبا حتى يكون سيل الماء من الثقب معتدلاً النهار كله والليل كله إلى انصداع الفجر فينحيانها ويقسمان ما اجتمع من الماء على مقام أقلهم سهماً كيلاً أو وزناً ، ثم يجعلان لكل وارث قدراً يحمل سهمه من الماء ويثقبان كل قدر منها بالمثقب الذي ثقبا به القدر الاولى ، فإذا أراد أحدهم السقي علق قدره بمائه وصرف الماء كله إلى أرضه فيسقي ما سال الماء من قدره ، ثم كذلك بقيتهم ، ثم إن تشاحوا في التبدئة أسهموا .

ابن يونس قوله ثم يجعل لكل واحد قدر يحمل سهمه إنما يصح ذلك إذا تساوت أنصباؤهم ، لأن القدر كلما كبرت ثقل الماء فيها وقوى جريه من الثقب حتى يكون مثلي ما يجري من الصغير أو أكثر ، والذي أرى أن يقسم الماء بقدر أقلهم سهماً فيأخذ صاحب السهم قدراً ويأخذ صاحب عشرة الاسهم عشرة قدور وهذا بين .

كَسُتْرَةٍ بَيْنَهُما ، ولاَ يُجْمَعُ بَيْنَ عَاصِبَيْنِ ، إلاَّ بِرِضَاهُمْ ،

وشبه في عدم الجبر فقال (ك) بناء (سترة) بضم السين المهملة وسكون الفوقية أي حائط ساتر (بينهما) سكتا عن شرط بنائه بينهما حين القسم ودعا أحدهما الآخر لبنائه فأبى فلا يجبر، فإن شرطا الاشتراك في بنائه حينه جبر الآبي على بنائه مع الداعي «ق». من المجموعة قال الامام مالك رضي الله تعالى عنه في الجدار بين الرجلين يسقط ، فإن كان لأحدهما فلا يجبر على بنائـــه ، ويقال للآخر أستر على نفسك إن شئت ، وإن كان مشتركاً بينهما أمر الآبي أن يبنى مع صاحبه إن طلب ذلك . وفي المقدمات إذا اقتسم الشريكان الدار ولم يشترطا أن يقيا بينهما حاجزاً فلا يحكم بذلك عليهما ، ويقال لمن دعى إلى ذلك أستر على نفسك في حظـك إن شئت ، وان اشترطا ذلك ولم يحداه أخذ من نصيب كل واحد منهما نصف بناء الجدار ، وان كان أحدهما أقـل نصيباً من صاحبه ، وكذلك النفقة تكون عليهما بالسواء الى أن يبلغ مبلغ الستر ، اذ لم يحدا فيــه حداً ولا اختلاف في هذا اعلمه اه ، وانتحله المتيطي ولم يزد عليه .

وقال اللخمي الصواب أن يجعل كل واحـد منهما تحجيزاً يستتر به عن صاحبه ، ولا يجوز لهما الرضا بغير تحجيز ، لأن فيه كشفاً لحريمهم في تصرفهم ودخول بعضهم على بعض اهـ ، وأما الجدار بين الرجلين يسقط فحصل في بنائه أربعة أقوال ، وتكلم عليه ابن عرفة في باب الشركة قاله « غ » .

(و) إذا قسمت تركة بين عصبة فقط ف (لا يجمع) القاسم في القسم (بين) نصيبي (عاصبين) أو أكثر في كل حال (إلا برضاهم) أي الورثة ، ولذا جمع الضمير «ق» سمع ابن القاسم لا يجمع حظ اثنين في القسم . ابن رشد هو قوله فيهـا ، ومعناه إن لم يكونوا أهل سهم واحد . اللخمي يجوز أن يجمع نصيبين في القسمة بالتراضي ، ومنع ذلك ابن القاسم في القرعة ، وسمع القرينان الأخوة للام يرثون الثلث فيقول أحـدهم اقسموا حصتي على حدة ، فلا يجاب لذلك ، ويقسم له ولأخوته جميعاً الثلث ثم يقاسم بعد إن شاء . ابن رشد لا خلاف في ذلك في أهل السهم الواحد كالبنات والزوجات ونحوهم . وأما العصبة

إلا مَعَ ، كَزَوْجَة ، فَيُجْمَعُوا أَوَّلاً : كَذِي سَهْم ، وَوَرَثَة ،

فقال ابن القاسم لهم أن يجمعوا نصيبهم إن أرادوا ذلك عدداً (إلا) أن تكون العصبة (مع) ذي فرض (كزوجة) وبنت وأخت وأم وأخ لام (فيجمعون) بضم التحتية أي العصبة (أولاً) بشد الواو منوناً ويسهم بينهم وبين ذي الفرض ثم يقتسموا ، ثانياً إن شاؤوا فيها لا يجمع حظ رجلين في القسم إلا إن ترك زوجة وولداً عدداً أو عصبة غير ولد فيسهم للزوجة على أحد الطرفين ، ويكون الباقي للولد أو العصبة .

وشبه في جواز الجمع فقال (كذي) أي صاحب (سهم) أي نصيب كنصف من نحو دار وباقيها لشريكه ومات عن سهمه (و) عن (ورثة) فتجمع الورثة ويسهم بينهم وبين شريك مورثهم ثم يقتسمون ثانياً إن شاؤوا .

(تنبيهان)

الأول : طفي تفسير ضمير رضاهم بالورثة تتبع فيه الشارح ، وهو غير صواب ، لأنهم عزوا ما قاله المصنف لابن القاسم في المدونة ، وهو لم يشترط رضا جميع الورثة ، بل العصبة فقط . ابن رشد اختلف في جمع العصبة على ثلاثة أقوال ، أحدها أنهم كأهل السهم الواحد يقسم لهم حقهم معاً ثم يقتسمون بعد إن شاؤوا ، وهو سماع أشهب وابن نافع ، واليه ذهب ابن حبيب في الواضحة .

والثاني : انهم ليسوا كأهل سهم واحد فلا يجمع حظهم في القسمة بالسهم ، وإن رضوا وأراه قول المغيرة .

والثالث : لا يجمع حظهم في القسمة بالسهم إلا أن يريدوا أن لا يقتسموا ، وإلى هذا ذهب ابن القاسم في المدونة ، لأنه فسر قول مالك فيها فيمن ترك زوجة وعصبة وترك أرضاً أن المرأة يضرب لها بحقها في أحد الطرفين فقال معناه عندي إن كان العصبة واحداً أو عدداً لا يريدون القسمة اه ، وقد نقل في توضيحه كلام ابن رشد ، فإياه أراد فأرجع الضمير في رضاهم للعصبة ، وبه قرره الشارح في وسطه . وفي شامله وفي جمع العصبة ثالثها فيها إن رضوا . وفي تبصرة اللخمي إذا كان الولد عدداً مع الزوجة ، فقال الإمام

مالك رضي الله تعالى عنه مرة هم كأهل سهم واحد يقسم أثماناً ، فما صار للزوجة أخذته ، وما صار للولد استأنفوا قسمه إن كان ينقسم ، وإلا باعوه ، وفيها أيضاً لكل واحد سهم فيقسم على أقلهم . ورأى ابن القاسم أنهم ليسوا كأهل سهم فيقسم على واحد إن تراضوا على أن يجمعوا ويضرب سهم واحد للاختلاف في ذلك اهـ ، فلم يكن في قول من الأقوال الثلاثة اشتراط رضا جميع الورثة ، وبما تقدم تعلم أن الصواب إسقاط إلا من قوله إلا مع كزوجة اهـ .

الثاني : طفي قول تت مع ذي فرض وهو الاجنبي تقييده يوهم الاختصاص به وليس كذلك ، بل جميع ذوي الفروض سواء في هذا كما يعلم من كلام ابن رشد المتقدم ، وقد قال الشيخ عبد الرحمن الأجهوري في حاشيته الذي في أبي الحسن وابن رشد أنهم إذا رضوا بالجمع جمع بينهم في مسألة الزوجة ونحوها كالام والجدة اهـ ، وهو مراد المصنف ، ولذا أتى بالكاف في قوله كزوجة وكأن تت غره قول التوضيح تبعاً لابن عبد السلام ، واستثنى ابن القاسم مسألة الزوجة من عموم المسألة اهـ . ففهم اختصاص الحكم بها ، وفيما قالاه نظر ، بل لم يستثن ابن القاسم مسألة الزوجة فقط . ففي التنبيهات لعياض اختلف في قول الإمام مالك رضي الله تعالى عنه لا يجمع بين نصيب اثنين في القسم ، وإن أراد فابن القاسم رحمه الله تعالى تأوله أنه لا يجمع جملة سهم اثنين اتفقا أو اختلفا رضيا أو كرها جمعهم أو فرقهم إلا العصبة إذا رضوا بذلك وغيره رأى جمع أهل كل سهم في سهم واحد، ويضرب لهم به شاؤوا ذلك أم كرهوه ، ثم هم بعد بالخيار بين أن يبقوا شركاء في سهم أو يستأنفوا القسمة فيما بينهم اهـ .

وقال قبل هذا قالوا وتأويل ابن القاسم هذا على مالك رضي الله تعالى عنه خلاف قول مالك رضي الله تعالى عنه ، ومراده ولم يرد مالك رضي الله تعالى عنه لا يجمع الانصباء في واحد في جميع الاقسام بالقرعة ، وإنما هذا فيما هم فيه سواء في السهام ، فإذا اختلفت أنصباؤهم فكان لقوم منهم الثلث ولآخرين منهم السدس ، ولآخرين منهم النصف ، فإنه

يجمع أهل كل سهم بالقرعة عليه ، وإن كرهوا ذلك ، كذا فسره عن مالـك رضي الله تعالى عنه في العتبية في سماع ابن نافع وأشهب .

وفي كتاب ابن حبيب عن عبد الملك ومطرف وأصبغ قالوا وهو قول مالك وجميع أصحابه رضي الله تعالى عنهم اه ، ونص العتبية الذي أشار اليه أشهب وسألته عن الاخوة لأم يرثون الثلث فيقول أحدهم اقسموا إلي حصتي على حدة ولا تضموني لأخوتي ، فقال ليس ذلك له حتى يقسم له ، ولأخوته جميعاً الثلث ثم يقاسمهم بعد إن شاء ، وكذلك أزواج الميت يرثن الربع أو الثمن ، وكذلك العصبة الأخوة وغيرهم يقول بعضهم إقسموا الي حصتي ليس ذلك لهم ، وقد علمت أنه خلاف مذهب ابن القاسم ، ولذا قال في المدونة ولا يجمع حظ رجلين في القسم ، وان أراد ذلك الباقون في مثل هذا يعني الزوجة مع العصبة ، ويفهم من قوله في مثل هذا عدم اختصاص الحكم بالزوجة كما علمت ، والمصنف رحمه الله تعالى جار على مذهب المدونة ، وحام حول كلامها ، وأراد تأدية ذلك فلم تساعده العبارة ، ولذا قلنا تبعاً لبعضهم الصواب اسقاط الا ، أو يقول ولا يجمع بين رجلين إلا العصبة مع كزوجة والكمال لله تعالى .

البناني جمع ذي السهم الواحد كالزوجات في القسم وان لم يرضوه هو الذي حكى عليه ابن رشد الاتفاق ، ونصه أما أهل السهم الواحد وهم الزوجـــات والبنات والاخوات والجدات والأخوة لأم والموصى لهم بنحو الثلث ، فلا خلاف أحفظه أنهم يجمع حظهم في القسمة بالسوية شاؤوا أو أبوا ، لأنهم بمنزلة الواحد اه ، لكنه خلاف ما فسر به ابن القاسم في المدونة قول مالك رضي الله تعالى عنه فيها ، ولا يجمع حظ رجلين في القسم ، وان أراد ذلك الباقون الا في مثل هذا ، أي العصبة مع أهل السهم ، قال في التنبيهات الخ نصها المتقدم ثم قال نقله أبو الحسن ، وهذا الثاني هو الذي حكى عليه ابن رشد الإتفاق ، وهو وان انتقده ابن عرفة بما ذكر عياض من الخلاف ، لكن لا يخفى رجحانه من كـــلام عياض ، ولذا قرر به « غ » وغيره ، فاعتراض طفي عليه بأنه خلاف المدونة غير ظاهر كيف وهو معنى قول مالك فيها عند الجماعة .

وبين صفة القرعة فقال (وكتب) القاسم (الشركاء) أي أسماءهم كل اسم في ورقة صغيرة ، ولبس عليها بشمع مثلاً كالبندقة لعدم تميز بعضها من بعض ، وجزأ المقسوم أجزاء مستوية في القيمة بعدد سهام مقام أصغرهم نصيباً ، فإن كانوا ثلاثة لأحدهم نصف ، والثاني ثلث والثالث سدس قسمه ستة أقسام (ثم رمى) القاسم بندقة على أول قسم ثم يفتحها وينظر الاسم الذي فيها ، فإن كان اسم صاحب السدس فالقسم الأول له ثم يرمي بندقة ثانية على القسم الثاني ، ثم ينظر ما فيها ، فإن كان اسم صاحب الثلث فله القسم الثاني والثالث الذي يليه ، وتعينت الأقسام الثلاثة الباقية لصاحب النصف فلا حاجة لرمي ورقته عليها ، وإنما كتبت وصنع فيها ما تقدم لاحتمال رميها أولاً أو ثانياً . وإن كان في البندقة الأولى اسم صاحب النصف كمل له مما يليه ، ثم رمي بندقة أخرى على أول الباقية ، فإن كان فيها اسم صاحب السدس فهو له وتعين القسمان الباقيان لصاحب الثلث . وإن كان فيها اسم صاحب الثلث تم له مما يليه وتعين القسم الباقي لصاحب السدس .

ابن عرفة الثالث قسم القرعة وهي المذكورة بالذات ، وهي فعل ما يعين حظ كل شريك مما بينهم بما يمتنع علمه حين فعله ، فيجزأ المقسوم بالقيمة على عدد مقام أقلهم جزأ . الباجي صفتها أن يقسم العرصة على أقل سهام الفريضة فيما هو متساو يقسم بالذراع ، وما اختلف يقسم بالقيمة . ابن حبيب هذا قول جميع أصحابنا . القاضي رب جريب يعدل جريبين من ناحية أخرى ، ولابن عبدوس عن سحنون في قسم الشجر تقوم كل شجرة ويسأل أهل المعرفة بالقيمة ، ومن عرف حمل كل شجرة رب شجرة قليلة المنظر بغير فائدة وأخرى بالعكس . فإذا قوم ذلك جمع القيمة فقسمها على قدر السهام ثم يكتب أسماء الشركاء في رقاع ، وتجعل في طين أو شمع ثم ترمى كل بندقة في جهة اهـ .

وسمع عيسى ابن القاسم كيفية قسم الحائط أو الدار أو الأرض أن تقسم على أدناهم سهماً ثم يضرب لأحدهم في أحد الطرفين ثم يضرب لمن بقي فيما بقي كذلك في أحد الطرفين بعد الذي عزل ، فإذا وقع سهم أحدهم في شق ضم اليه تمام نصيبه حيث وقع

سهمه حتى يكون نصيب كل واحد بجنبها ، كذا فسر لي مالك «رض» ووصف فإن كان أدناهم سهماً ذا سدس قسمت الأرض ستة أجزاء مستوية بالقيمة ، وإن كان بعضها أفضل فضلت بالقيمة على قدر تفاضلها فقد تكثر الارض في بعض تلك السهام لرداءتها وتقل في بعضها لكرمها ، فإذا استوت في القيمة كتب كل اسم ذي سهم ثم أسهم في الطرفين معاً ، فمن خرج اسمه في طرف ضم له ما بقي من حقه .

عيسى إن احتملت الكريمة القسمة قسمت على حدتها . ابن رشد قوله يقسم على أدنى سهامهم معناه إن كانت فريضته تقسم على أدناهم سهماً كمن تركت زوجاً وأماً وأختا لأم تقسم أسداسا ثم يضرب بأسمائهم على الطرفين ، فإن خرج اسم الزوج في أحـــد الطرفين واسم الأم في الطرف الآخر كان للأخت السدس البـاقي الوسط ، وإن خرج في الطرفين اسما الأخت فالوسط الزوج ، وكذا إن خرج اسما الزوج والاخت على الطرفين فسهم الأم وسط ، وقيل إنما يضرب بأحد اسمائهم على الطرف الواحـــد أبداً وهو الثابت في كل رواياتها ، وإن كانت فريضتهم لا تنقسم على أدناهم قسمت على مذهب ابن القاسم على مبلغ سهام فريضتهم التي تنقسم منها وإن انتهى سهم أقلهم نصيبا إلى عشرة أسهم أو أقـل أو أكثر كزوج وأم وابن وابنة تصح فريضتهم من ستة وثلاثين تضرب اسماؤهم على الطرفين كما مر ، فمن خرج منهم اسمه على طرف أخذ منه كل سهامه ثم يسهم بين البـاقين ، فمن خرج اسمه على طرف ضم له بقية حقه والباقي ما بقي .

وقيل لا يسهم إلا على طرف بعد طرف ، فإن تشاحوا في أي الطرفين يسهم عليـــه أو لا أسهم على ذلك ، وهو قوله فيها ففي كيفية تعيين الحظ أربعـة أقوال سماع عيسى يطرح اسمين على الطرفين ويضم لكل ذي اسهم كل حظه ، فإن بقي واحد أخذ ما بقي ، وإن بقي اثنان طرح كل اسم على طرف ، ومـا بقي لمن بقي ، وإن بقي أكثر فكما فعل اولاً ، ولابن رشد كل رواياتها إنما يسهم على طرف واحد . عياض وابن أبي زمنين عن رواية ابن وضاح فيها إذا ضرب على أي الطرفين كمن خرج اسمه كل حظه كان زوجة أو أمـا أو غيرها ، ثم يقسم ما بقي على أقل من بقي سهما ، ويبتـدىء القسمة والقرعة على أي

الطرفين فأنكرها سحنون ، وقال يقسم على أقل الأنصباء حتى تنفذ السهام .

وقال ابن لبابة مذهبها إن ابتدأ بالضرب لذي الحظ الأقل ، وحكاه فضل عن ابن الماجشون . وقال المغيرة خلافه يسهم للزوجة حيثما خرج سهمها أنظر ابن عرفة[1] .

(أو كتب) القاسم (المقسوم) بعد تجزئته أجزاء مستوية بالقيمة بعدد آحاد مقام أقلهم حظا بان يكتب كل اسم من أسماء أجزائه في ورقة ويلبسها شمعاً أو نحوه حتى لا تتميز (وأعطى) القاسم (كلا) من البنادق التي فيها أسماء الأجزاء (لكل) من المقسوم

(١) (قوله انظر ابن عرفة) نصه عقب ما في الشارح . قلت إنما عز الباجي الأول لنقل محمد بن عبد الحكم ، قال وقال أبو محمد إنما هذا إذا كانت القسمة بين ابن وزوجة ، وهذا الذي ذكره أبو محمد قد يكون مع الجماعة أيضاً إذا كانوا أهل سهم كالعصبة لقول مالك رضي الله تعالى عنه في المجموعة في قسمة الأرض بين الزوجة والعصبة يضرب لها في أحد الطرفين .

ابن القاسم ولو كانت العصبة جماعة . ابن حبيب لأنهم أهل سهم واحد وقال المغيرة تعطى حقها حيث خرج في طرف أو غيره قاله ابن الماجشون . قلت هذا خلاف ما عزاه عياض لابن الماجشون ، وعلى الضرب على طرف في الضرب على طرفين لتعيين الضرب على من خرج اسمه منها . ثالثها إن تشاحا اللخمي عن ابن عبدوس ونقل عياض عن ابن لبابة لحصره اعتباراً لتشاح بينهم في قسم الأجزاء من قبله إلى جوف أو من شرق إلى غرب ، لاختلاف أغراضهم لجواز قرب ملك أحدهم مما يصير له بمقتضى الأول لا الثاني والعكس ، ولها فيها إن ضرب على أحد الطرفين لخروج اسمه في الضرب على الطرفين ثم تشاحوا ضرب أيضاً على الطرفين ، فإن بقي اثنان فتشاحا على أي الطرفين فلا ينظر إلى قولهما ويضرب القاسم على أي الطرفين شاء .

وظاهر قول الجلاب إذا اختلف المتقاسمان في القرعة على إحدى الجهتين أقرع بين الجهتين فأيتهما خرجت قرعتها أسهم عليها خلافها ، ولم يحك عياض غير الأول .

بينهم ، أي يعطي كل شريك بندقة يفتحها وله مسمى الاسم الذي فيها ، وهذا ظاهر إذا استوت انصباؤهم ، فإن اختلفت فيعطى واحداً من الشركاء بندقة يفتحها ، وله مسمى ما فيها من الأجزاء ، فان كان له جزء واحد فقد تم القسم له فيعطى غيره بندقة ، وإن زاد ماله على جزء كمل له مما يلي ما خرج عليه الإسم ، وكذا ما بعده إلى تمام العمل.

ابن شاس وقيل تكتب الاسماء والجهات ثم يخرج أول بنـــدقة من الاسماء وبندقة من الجهـــات فيعطى من خرج اسمه نصيبه في تلك الجهة ، أي يكتب اسماء المقسوم بينهم واسماء الأجزاء ويبندقها ، ويخرج بندقة من هذه وبندقة من هـــذه ، ويفتحها ويعطي مسمى اسم الجزء للشريك الذي خرج اسمه ويكمل حظـــه متصلا ، إن زاد على واحد كما تقدم .

طفي قوله أو كتب المقسوم عبارة غير كصاحب الجواهر واللخمي من أهل المذهب أو كتب الجهات أي التي يرمي عليها فهي مراده بالمقسوم لا كل أجزاء المقسوم ، ومعنى ذلك أنه بعد كتب اسماء الشركاء إما أن ترمى على الجهات أو تكتب الجهات وتقـــابل بها ، والكل سواء ، ولذا قال « غ » أو كتب المقسوم عطف على رمى لا على كتب الشركاء . وقلنا لا كل جزء لأن الرمي لا يقع فيها كلها ، ألا ترى أن القسمة إذا وقعت على أقلهم جزأ كالسدس إن كان فيها سدس وثلث ونصف ، فان الرمي يقع في ثلاثة فقط ، بل في اثنين ، لأن الأخير لا يحتاج لضرب ، فإن خرج اسم صاحب النصف على جزء فيأخـــذه وما يليه إلى تمام حظه ، وكذا اسم صاحب الثلث ، وهذا واضح ، وبهذا تعلم بطلان تفسير من فسر المقسوم بجميع الأجزاء كالستة في المثال المذكور قائلاً يكتب ستة أوراق في كل ورقة اسم سدس معين ثم يعطي لصاحب النصف ثلاثة أوراق ، ولصاحب الثلث ورقتين ، ولصاحب السدس ورقة ثم أورد عليه انه قد يحصل تفريق النصيب الواحد ، وأجاب بما فيه خبط ، ثم قال وهذه الطريقة لا يتوقف القسم فيها على كتب الشركاء .

قول الشارح أو كتب المقسوم يعني مع الشركاء ليس قصده لا بد من ذلك ، بل ليوافق

ما نقله من كلام الجواهر اهـ . وهذا الذي ذكره ليس مراد الائمة وهو غير صحيح في نفسه لما فيه من تخليط الاجزاء ، ومراد الائمة بالقرعة أخذ كل أحد حظه مجتمعاً ، وتقرير تت قوله أو كتب المقسوم بأنه من غير كتب اسماء الشركاء واستظهاره في كبيره قائلاً وما قررناه به أظهر إن كان مراده ما قال هذا القائل فقد علمت ما فيه ، وإن كان مراده كتب الجهات على ما فسرناه فهو مما ينظر فيه ، لأنه المفروض في كلامهم كما قال الشارح ، والله أعلم ، وتبعه البناني .

(ومنع) بضم فكسر (اشتراء) الجزء (الخارج) أي الذي يخرج بالقسمة قبلهـــا لأنه مجهول ، وظاهره سواء كان المشتري شريكاً أو اجنبيا ، وقرره الشارحان على منع شراء الاجنبي ، ونحوه قول التهذيب ، ولا يجوز لاجنبي أن يشتري من أحدهم ما يخرج له بالسهم من هذه الثياب ، اذ لا شركة له فيها ، وإنما جاز ما أخرج السهم في تمييز حظ الشريك خاصة ، لأن القسم بالقرعة عند الإمام مالك رضى الله تعالى عنه ليس من البيوع والقسم يفارق البيع في بعض الحالات اهـ .

وهذا التعليل يقتضي انه لا فرق بين الاجنبي وغيره ، وكذا تعليل الشارح بجهـــل الخارج والبساطي بأنه قد يخرج مالاً يوافق غرضه ، وتعذر تسليمه عند العقد قاله تت . طفي قرره الشارحان على منع شراء الاجنبي اغتراراً بظاهر لفظها ، وتبعهما تت في كبيره وكأنهم لم يقفوا على قول ابي الحسن ، وكذا لا يجوز للشريك شراء مـــا يخرج بالسهم لشريكه ، وقد رد الحط على الشارح بكلامه وتبعه عج قائلا قصر الشارح ، وتت كلام المصنف على شراء الاجنبي تبعاً لظاهر المدونة غير ظاهر ، ونص ابي الحسن هذا جواب سؤال مقدر كأنه قيل لم أجزت ما يخرج بالقسم لأحد الشريكين ولم تجزه لأجنبي وكلاهما مبيع ، لأن كل واحد من المتقاسمين باع بعض نصيبه ببعض نصيب الآخر ، وذلك مثل القسمة مجهول ، إذ لا يدري ايها يصير له وما قدره ، كالأجنبي فقال وان كانت القسمة ـــام مالك رضى الله تعالى عنه بيعاً فانها تفارق البيوع في بعض الحالات ، وقوله

وَلَزِمَ ، وَنُظِرَ فِي دَعْوَى جَوْرٍ أَوْ غَلَطٍ ، وَحَلَفَ الْمُنْكِرُ ، فَإِنْ تَفَاحَشَ أَوْ ثَبَتَا : نُقِضَتْ :

إذ لا شركة له إنما ذكر هذا التفريق بين الشريك والأجنبي ، وكذلك لا يجوز للشريك شراء ما يخرج بالسهم لشريكه ا هـ ، والله أعلم .

(و) إذا قسم المشترك بوجه من اوجه القسمة صحيح (لزم) قسمه فليس لأحد المتقاسمين نقضه « ق » فيها إذا قسم القاضي بين قوم دوراً أو رقيقاً او عروضاً فلم يرض أحدهم بما اخرج السهم له او لغيره او قال لم اظن انهذا يخرج لي فقد لزمه وقسم القاضي ماض كان في ربع او حيوان او غيرهما .

(و) إن ادعى احد المتقاسمين الجور او الغلط في القسمة (نظر) بضم فكسر (في دعوى جور) اي عدول من القاسم عن الحق عمداً (او غلط) اي عدول عنه منه خطأ، فإن لم يظهر شيء منهما مضى القسم ولزم وإن اعترف الشريك به قضى عليه بما يقتضيه اعترافه (و) إن انكر (حلف المنكر) على عدم ما ادعاه مقاسمة من جور او غلط « ق» فيها للامام مالك رضى الله تعالى عنه إذا قالوا للقاسم غلطت او لم تعدل نظر الإمام في ذلك ، فان كان قد عدل امضاه والإ رده ، ولم ير الإمام مالك رضى الله تعالى عنه قسم القاسم بمنزلة حكم الحاكم .

(فان تفاحش) الجور او الغلط (او ثبتا) بشهادة اهل المعرفة (نقضت) بضم فكسر القسمة . طفي اي مع القيام ومع الفوات يترادان في القيمة في معين الحكام تنقض ما لم تفت الاملاك ببناء او هدم او غير ذلك من وجوه الفوات ، فإن فاتت بما ذكرنا رجعا في ذلك إلى القيمة ، ويقتسمونها ، وإن فات بعضه وبقى سائرة على حاله قسم ما لم يفت مع قيمة ما فات ا هـ .

ابن عرفة دعوى الغلط في القسم دون بينة ولا تفاحش يوجب حلف المنكر وباحدهما يوجب نقضه . الباجي في القرب وفي معين الحكام بعض الاندلسيين إنما يقام بالغبن فيما قرب ، وأما ما بعد أمده وطال تاريخه فلا يقام فيه بغبن . أبو ابراهيم وحد ذلك

العام[1] ويفيته البناء والغرس أيضاً . وفي المعين إذا ثبت الغبن في القسمة انتقضت ما لم تفت الأملاك ببناء أو هدم أو غير ذلك من وجوه الفوت ، فإن فاتت الأملاك بما ذكرنا رجعا في ذلك إلى القسمة يقتسمونها ، وإن فات بعضه وبقي سائره على حاله اقتسم ما لم يفت مع قيمة ما فات ، إفادة الحط .

طفي ونحوه لابن سلمون ، وزاد في مؤلفه ابن لبابة إذا فات المقسوم ببناء أو هـــدم أو بيع مضى القسم ولا كلام للقـــائم بغلط أو غبن ، ابن عبد الغفور والاول أحسن . ابن عرفة ابن حبيب فوته بالبيع لغو ما لم يفت ببناء مبتاعه ا هـ ، فلو فصل المصنف بين القيام والفوت لكان أولى ، وهذا في قسمة القرعة .

وشبه بها في النقض فقال (ك) قسمة (المراضاة) فتنتقض بتفاحش الجور أو الغلط أو ثبوته فيها (إن) كانا (أدخلا) أي المقتسمان في قسمة المراضاة (مقوماً) بكسر الواو مشددة ، فان لم يدخلا مقوماً فلا تنقض بذلك . الحط ابن حبيب إن ادعى أحدهم الغلط بعد القسم ، فإن كانوا قسموا بالتراضي بلا سهم وهو جائز ، والأمر فلا ينظر إلى دعوى ذلك ، وإن كان الغلط ببينة أو بغيرها من أمر ظاهر لأنه كبيع التساوم يلزم فيـه الغبن وإن قسموا بالسهم على تعديل القيمة فهو كبيع المرابحة . أبو عمران إنمـــا يصح قول ابن حبيب على وجة وهو اذا تولوا القسمة بأنفسهم .

---

(1) (قولة العام) طفى محل القيام بالغبن ما لم يطل الزمان فان طال فلا قيام له ولا تسمع دعواه قاله ابن سلمون ابو ابراهيم لا يقام بالغبن إلا بقرب القسمة واما بعـد الطول والاستقلال فلا قيام ونحوه في معين الحكام ولم يحد الطول وكذا ابن عاصم حيث قال :

والغبن من يقوم فيه بعدا ... ان طال واستقل قد تعدى

وفي المقصد المحمود فان طال الزمان واستقل كل انسان منهم حظه فلا قيام فيه بالغبن والسنة في ذلك كثير ا هـ . الحط الباجي في وثائقه انما يرجع في القرب ابن سهل عن ابي ابراهيم وحد ذلك العام ا هـ . وتبعه عج في جعل العـام حد القليل قائلاً الظاهر أن ما قاربه كهو .

وأما إن كانوا أدخلوا بينهم من قوم لهم ثم ظهر فيها الغبن فتنفسخ القسمة لأنهم وإن سموها تراضياً لم يدخلوا إلا على التساوي اهـ . وظاهره أنهم إذا لم يدخلوا مقوماً بينهم وقوموا لأنفسهم لا يقام فيها بالغبن ، والظاهر أن هذا ليس بمراد ، وإنما المراد أن قسمة المراضاة اذا كانت بـــلا تعديل ولا تقويم لا يقام بالغبن فيها ، ومتى كانت بتقويم وتعديل فيقام بالغبن فيها ، سواء كان التقويم من غيرهم أو منهم .

اللخمي دعوى الغلط في القسمة على أربعة أوجه ، أحدها : أن يعـــدلا ذلك ثم يقترعا ، أو يأخذا بغير قرعة ثم يدعي أحدهما غلطاً فهذا ينظر فيـه أهل المعرفة ، فإن كان سواء أو قريبـــاً من السواء فـلا ينقض ، وإلا فينقض ، والقول قول مدعي الغلط .

والثاني : أن يقولا هذه الدار تكافىء هذه وهذا العبد يكافىء هذا من غـير ذكر القيمة ثم يقترعا أو يأخذا ذلك بغير قرعـــة . والجواب فيه كالأول ، لأن مفهوم ذلك التعديل والمساواة في القيم ، وكذلك إذا قالا هذه الدار تكافىء هذا المتاع أو هذه العبيد ثم أخذ كل واحد منهم أحد الصنفين بالتراضي بغير قرعـــة ، ثم تبين أن القيم مختلفة .

والثالث : أن يقول أحدهما خذ هذه الدار وهذا العبد وأنا آخذ هذه الدار ، وهذا العبد من غير تقويم ولا ذكر مكافأة ، فإن كانت القسمة بالتراضي مضى الغبن على من كان في نصيبه وإلا على قول من لم يمضه في البيع ، وإن كانت بالقرعة وهما عالمان به فسدت فتفسخ جبراً عليهما. وإن لم يطلبه أحدهما لأنه غرر وإن كانا ظنا التساوي صحت، والقيام بالغبن فيها كالعيب .

والرابع : اختلافهما في صفة المقسم كقسمهما عشرة أثواب فكان بيد أحدهما ستة ، وقال هي نصيبي عليه اقتسمناه ، وقال الآخر واحد منها لي وأنا سلمتك غلطاً ، فاختلف فيها فقال ابن القاسم القول قول حائزه بيمينه ، ان أتى بمـا يشبه لإقرار الآخر بالقسم وادعائه بعض مـا بيد صاحبه . وقال أشهب القول للحائز بيمينه ، وقال ابن عبدوس

يتحالفان ويتفاسخان ذلك الثوب وحده ، ثم ذكر كلام ابن حبيب في هذا القسم الرابع .

وقال الرجراجي إن ادعى أحدهم الغلط في القسمة فذلك على وجهين ، أحدهما : أن يلوا القسم بانفسهم . والثاني : أن يقدموا من يقسم بينهم ، فإن تولوه بأنفسهم ثم ادعى أحدهم الغلط فذلك على أربعة أوجه ، وذكر هذه الأوجه الأربعة التي ذكرها اللخمي ، ثم قال وأما إن قدموا من قسم بينهم ثم أحدهم أن القاسم جار أو غلط فقال ابن القاسم فيها لا يلتفت الى قولهم وليتم قسمته ، فإذا فرغ منها فينظر السلطان فيها ، فإن وجدها على التعديل مضى ما قسم ولا يرد ، فإن رضي جميعهم برده ونقضه واستئناف القسمة بالقرعة أو التراضي فلا يجوز لأنهم ينتقلون من معلوم لمجهول ، وهو ما يخرج لهم بالقسمة الثانية ولو تراضوا بنقضه ، بشرط أن يأخذ كل واحد شيئاً معلوماً معيناً جاز ، وإن وجد السلطان فيه غبناً فاحشاً نقضه قولاً واحداً ، وإن كان غير فاحش فقال ابن القاسم فيها يرد وقال أشهب لا يرد اهـ .

وفي التنبيهات القسمة على ثلاثة أضرب قسمة حكم وإجبار ، وهي قسمة القرعة ، وقسمة مراضاة وتقويم ، وقسمة مراضاة على غير تعديل ، وحكم هذه حكم البيع في كل وجه ، ولا يرجع فيها بالغبن على القول بأنه لا يرجع به في البيع ، ويرجع بالغبن في الوجهين الأولين ويعني عن اليسير من ذلك في قسمة التراضي . واختلف في اليسير في قسمة القرعة كالدينار والدينارين من العدد الكثير ، فذهب ابن أبي زيد وبعضهم إلى أنه معفو عنه ، وأبى ذلك آخرون وقالوا بنقض القسمة ، لأنه خطأ في الحكم يجب فسخه ولا يفرق فيه بين القليل والكثير اهـ ، ونحوه للباجي والله أعلم .

(و) إذا طلب بعض المشتركين قسمة القرعة وأباها غيره (أجبر) بضم الهمز وسكون الجيم وكسر الموحدة (لها) أي على قسمة القرعة (كل) من المشتركين ، سواء كانت حصة طالبها مساوية لحصة غيره أو أكثر أو أقل (إن انتفع كل) منهم بحصته

التي تخرج له سواء كان طالباً أو آبياً ، ولذا أعاد لفظ كل ، إذ لو اكتفى بضميره لأوهم أن الشرط انتفاع الآبى لا الطالب لوقوع لفظ كل الأول على الآبي فقط ، الحظ فلا يقسم الفرن والرحى والمعصرة . في المقدمات الذي جرى به العمل عندنا أن الدار لا تقسم حتى يصير لكل واحد من الشركاء من الساحة والبيوت ما ينتفع به ويستتر فيه عن صاحبه اهـ ، ومفهوم الشرط عدم الجبران لم ينتفع كل وهو كذلك .

(تنبيهات)

الأول: البناني هذا مذهب ابن القاسم،وقال عيسى بن دينار وإن طلب القسمة صاحب الحظ الذي لا يصير له ما ينتفع به قسم له لأنه رضى بالضرر لنفسه ، واختاره ابن عتاب، وكان يفتى به لكن . قال ابن سلمون الأول هو الذي جرى به العمل والقضاء . مطرف وبه كان يقضي قضاة المدينة اهـ ، ونحوه في المقدمات .

الثاني : قيد في التوضيح الجبر بكون المشترك القنية أو موروثاً ، فان كان للتجارة فلا يجبر على قسمه من أباه ، لأنه ينقص ثمنه وهو خلاف ما دخلا عليه قاله اللخمي .

الثالث : طفي أطلق المصنف في الانتفاع فهل يبقى على إطلاقه ، فيكفي حصول انتفاع ما وهو قول ابن الماجشون وأصبغ عن ابن القاسم ، أو يقيد بالانتفاع بالسكنى المعتادة والاستغناء عن صاحبه ، وهو ما عزاه ابن رشد لابن القاسم ، وظاهر قوله في توضيحه عن المقدمات والذي جرى به العمل عندنا أن الدار لا تقسم حتى يصير لكل واحد من الساحة والبيوت ما ينتفع به ، ويستغنى به عن صاحبه اهـ ، اعتماده وأنه الذي أراده في مختصره فيقيد به اطلاقه . ابن عرفة وفي الجبر في الدار والأرض ولو لم يصر منتفع به في حظ ، أو إن صار لكل شريك ما ينتفع به في وجه ما ثالثها ولو لواحد ، ورابعها إن صار لكل ما ينفرد به وينتفع بسكناه اهـ ، فالرابع هو الذي اعتمده المصنف .

(و) إن أراد أحد المشتركين فيما لا ينقسم بيع حصته منه وطلب من شريكه بيع

نصيبه معه ليكثر الثمن فأبى أجبر (للبيع) أي عليه شريك في كل ما لا يجبر فيه على القسمة من حيوان أو عرض أو عقار (إن نقصت حصة شريكه) أي آبى البيـــع ان بيعت حال كونها (مفردة) عن حصة الآبى ، أي نقص ثمنها عمـــا يخصها من ثمن الكل . «ق» فيها إذا دعى أحد الاشراك الى بيع ما لم ينقسم جبر عليه من أبـاه ، ثم للآبي أخذ الجميع بما يعطى فيه ، وسواء كانت شركتهم بإرث أو شراء أو غيره .

ابن عرفة المعروف الحكم ببيع ما لا ينقسم بدعوى شريك فيه لم يدخل على الشركة ، وقيده غير واحد بنقص ثمن حظه منفرداً عن ثمنه في بيع كله . «ع» ظاهره أنه يجبر على بيع نصيبه مما لا ينقسم ولو التزم أداء النقص لشريكه فتأمله مع قول اللخمي ، وإن اوصى ببنيه الصغار الى عبده فدعى الكبار الى بيع أنصبائهم منه ، فان رضوا ببيـــع أنصبائهم خاصة جاز وبقي العبد على حاله في الوصية . وإن دعوا الى بيع جميعه ، لأن في بيع أنصبائهم بانفرادها بخساً كان ذلـك لهم على قول الإمام مالك رضي الله تعالى عنه إلا أن يرى الحاكم أخذ بقيته حسن نظر ، أو يدفع الى الكبار قـدر ذلك البخس فلا يباع على الصغار أنصباؤهم ا هـ» ولم يعرج عليه ابن عرفة ههنا مع قوة عارضته .

البناني في تكميل التقييد ولم يعرج عليه ابن عرفة ولا في الوصايا ، وظاهر المدونـة وغيرها خلاف على أنــه يقال مسألة العبد الوصي لا تنقض هـــذا الظاهر منها ومن غيرها ، لأن الإجبار على بيع جميع العبد الوصي يكر على أصل الإيصاء بالإبطال، واذا جاز أن يشتري للاصاغر نصيب الكبار منه بالقيمة ، كأخذ ما يجاور المسجد لتوسعته فلا يجري ذلك في مشترك غير العبد الوصي ، ثم نقل عن التادلي أن مسألة اللخمي ليست خاصة بمسألة العبد .

(تنبيـــه)

البناني المناسب لفقه هذه المسألة أن يقال ومن دعى لبيع جملة ما لا ينقسم من عقار وغيره لنقص حصته ان بيعت مفردة مكن منه اذا كان في التشارك فيه ضرر ، ثم للآبي

أخذه بنا يعطي فيه قبل بيعه . فان بيع مضى ولا يكون أحق إلا بما فيــه الشفعة ، كذا في المدونة ، والله أعلم . ابن عبد السلام والموضح المذهب أن المبيع اذا وقف على ثمن بعد البداء على جميعه ان لمن أراد أخذه من الشريكين بذلك الثمن فـله ذلك سواء كان طالب بيعه أو آبيه وبه القضاء . وقال الداودي ليس التمسك الا لغير طالبه وعليه حملت المدونة .

(لا) يجبر الشريك الآبي بيع نصيبه عليه اذا لم ينقض ثمن نصيب طالب البيع إن بيع مفرداً عما يخصه من ثمن الجميع (كربع) بفتح الراء أي عقار (غلة) أي مقتنى لكرائه وأخذ أجرته . ابن رشد ولا يحكم ببيع ما لا ينقسم اذا دعى اليه أحد الاشراك الا فيما كان في التشارك فيه ضرر بين كالدار والحائط . وأما مثل الحمام والرحـــا مما هو للغلة فلا اه. في التنبيهات كان شيخنا القاضي ابو الوليد يذهب في رباع الغلات وما لا يحتاج اليه للسكنى ، والانفراد الى أن من أراد في مثل هذا بيع نصيبه او مقاواته فلا يجبر شريكه ، بخلاف ما يراد للسكنى والانفراد بالمنافع والسكنى فيه ، لأن رباع الغلة إنما المراد منها الغلة ولا ينحط ثمن بعضها اذا بيع عن ثمنه في بيع جملتها ، بل ربما كان الراغب في شراء بعضها اكثر من الراغب في شراء جميعها ، بخلاف دور السكنى وما يريد أحد الاشراك فيه الاختصاص به لمنفعة ما اه .

ولابن رشد نسبه ابن عبد السلام بعدما قرر أن المذهب الإطلاق . وأما ابن عرفة فنقل ما في التنبيهات ، ثم قال والمعروف أن ثمن الجملة أكثر في رباع الغلة وغيرها إلا أن يكون ذلك كان عندهم بالأندلس ، وإن كان فهـــو نادر ، ويلزم على مقتضى قوله أن لا شفعة فيه اه . ثم قال في التنبيل وكان الشيخ عبد الحميد الصائغ يفتي أن الجبر على البيع إنمــا هو فيما كان لطيف الثمن كالديار والحوانيت . وأمـــا الرباع الكثيرة الأثمان كالفنادق والحمامات التي النصيب فيها أفضل وأرغب عند الناس من شراء جميعها ، فإنه لا ينبغي أن يختلف في إفراد بيع نصيبه منها خاصة ، إذ لا يناله في ذلك بخس ، لأن كثيراً من الناس

يرغب في شراء النصيب من الحمام والفندق لقلة ثمنه ، ولا يرغب في شراء جميعه لكثرة ثمنه وتعذره ا هـ ، وبهذا ظهر وجه ما قاله ابن رشد وسقط اعتراض ابن عرفة عليه ، والله أعلم .

(أو اشترى) من أراد بيع نصيبه (بعضاً) منفرداً وطلب من شريكه بيع نصيبه معه فأبى فلا يجبر على بيعه معه . «غ» في التنبيهات يجب أن يكون الجبر فيما ورث أو اشتراه الاشراك جملة ، وفي صفقة فأما لو اشترى كل واحد منهم جزأ مفرداً أو بعضهم بعد بعض فلا يجبر أحد منهم على إجمال البيع مع صاحبه إذا دعي اليه ، لأنه كما اشترى مفرداً كذلك يبيع مفرداً ، ولا حجة له ههنا في بخس الثمن في بيع نصيبه مفرداً ، لأنه كذلك اشترى فلا يطلب فيه بإخراج شريكه من ماله ، وعنه نقله ابن عرفة فكأنه لم يسبق اليه إلا أنه قال قبله والمعروف الحكم ببيع ما لا ينقسم بدعوى شريك فيه لم يدخل على الشركة ، وقيده غير واحد بنقص ثمن حظه مفرداً عن ثمنه في بيع كله .

وقال المتيطي من أوصى بثلثه للمساكين فباع وصيه ثلث أرضه فلا شفعة فيه ، لأن بيع الوصي كبيع الميت قاله سحنون . وقال غيره فيه الشفعة للورثة ، ابن الهندي وهو الأصح لدخول الضرر على الورثة ، وربما آل لإخراجه من ملكهم إذا دعي مشتريه إلى مقاسمتهم ولم يحتمل القسم . ابن عرفة تعليله نص في قبول دعوى البيع ممن دخل على الشركة ا هـ ، ورأيت بخط بعض المحققين ما نصه طريق عياض اشتراط اتحاد المدخل في دعوى الشريك إلى البيع ، وطريق اللخمي ، خلاف هذا فإنه لم يشترطه لأنه جعل الأصل فيما جعلت له الشفعة ما لا ينقسم خوف أن يدعو المشتري للبيع والمشتري إنما دخل وحده وقد جعله يدعو الى البيع ، وتكرر هذا كلامه في باب تشافع الورثة والشركاء من كتاب الشفعة اهـ ، على أن ابن عبد السلام عزا قول عياض للخمي .

(وإن وجد) أحد المتقاسمين (عيباً بالأكثر) من نصيبه الذي خصه بالقسمة بأن زاد على نصفه (فله) أي واجد العيب (ردها) أي فسخ القسمة إن كانت الأجزاء التي

فَإِنْ فاتَ ما بِيَدِ صاحِبِهِ بِكَهَدْمٍ : رَدَّ نِصفَ قِيمَتِهِ يَوْمَ قَبْضِهِ ، ما سَلِمَ بَيْنَهُما ، ومَا بِيَدِهِ رَدَّ نِصفَ قِيمَتِهِ ومَا سَلِمَ بَيْنَهُما ، وإلَّا رَجَعَ بِنِصفِ المَعِيبِ مِمَّا بِيَدِهِ ثَمَناً ، والمَعِيبُ بَيْنَهُما .

خصت شركاءه قائمة بأيديهم لم تفت وابتدأ القسمة (فإن) كان وجود العيب بعد أن (فات ما) أي النصيب الذي كان (بيد صاحبه) أي واجد العيب (بكهدم) وبناء وقطع ثوب تباين وغرس وقلع وتحبيس وهبة وصدقة (رد) صاحب الفائت (نصف قيمته) أي الفائت لمن وجد العيب في نصيبه معتبرة (يوم قبضه) أي الفائت (وما) أي النصيب الذي (سلم) بفتح فكسر من الفوات وهو المعيب (بينهما) أي الشريكين نصفين ، وهذا في الحقيقة نقض للقسمة أيضاً ، لقيام قيمة ما فات مقامه .

(و) إن فات (ما بيده) أي واجد العيب وهو المعيب (رد) واجد العيب على الذي بيده السالم من العيب (نصف قيمته) أي المعيب يوم قبضه (وما) أي النصيب الذي (سلم) من العيب والفوات (بينهما) وهذا نقض لها أيضاً في الحقيقة . المصنف وكذا لو فات النصيبان معاً فيرد آخذ السالم نصف فضل قيمته على قيمة المعيب (وإلا) أي وإن لم يكن العيب بالأكثر بأن كان بالنصف أو أقل فلا تنقض القسمة و (رجع) واجد العيب على آخذ السالم من العيب (بـ) مثل (نصف) قيمة النصيب (المعيب مما) أي النصيب الذي (في يده) أي آخذ السالم من العيب حال كون ذلك المماثل (ثمناً) بفتح المثلثة والميم ، أي قيمة للسالم فـ (لا) يرجع (شريكاً) في عينه بمثل ذلك (و) النصيب (المعيب) مشترك (بينهما) أي الشريكين .

فيها لابن القاسم رحمه الله تعالى إذا اقتسم شريكان دوراً أو أرضين أو عروضاً أو رقيقاً فوجد أحدهم ببعض ما أخذه عيباً ، فإن كان وجه ما نابه وأكثره رد الجميع وابتدأ القسم إلا أن يفوت ما بيد صاحبه ببيع أو هبة أو حبس أو صدقة أو هدم أو بناء ، فيرد قيمته يوم قبضه فيقتسمان تلك القيمة مع الحاضر المردود . ابن حبيب وإن فات بعضه رد قيمة ما فات فكان ذلك مع ما لم يفت بينهما ، وكذلك بعض النصيب المعيب

وإنِ اُسْتُحِقَّ نِصفٌ أو ثُلُثٌ، خُيِّرَ لاَ رُبعٌ، وفُسِخَتْ فِي الأَكْثَرِ،

يرد نصف قيمة ما فات منه لصاحبه ، وإن كان المعيب الأقل رده ، ولا يرجع فيما بيد شريكه وإن لم يفت ، إذ لم ينتقض القسم ، ولكن ينظر فإن كان المعيب قدر سبع ما بيده رجع على صاحبه بقيمة نصف سبع ما أخذ ثمناً ، ثم يقتسمان المعيب ، ولو بنى أحدهما في حصته من الدار وهدم بعد القسم ثم وجد عيباً فذلك فوت ، ويرجع بنصف قيمة المعيب ثمناً على ما فسرنا .

(تنبيه)

البناني المراد بالأكثر على ما صححه « غ » الثلث فأكثر ، فهو بمعنى الكثير لا حقيقة اسم التفضيل إلا أنه إذا كان النصف فدون فالخيار له في التمسك بالقسمة ، وعدم الرجوع على صاحب السليم من العيب ، وفي الرجوع عليه في السالم بقدر نصف المعيب من السالم ، ويكون لصاحب السالم من العيب قدر ما يكون لصاحب المعيب من السالم فلا تنتقض القسمة في الكل ، بل في البعض وإن كان المعيب أكثر من النصف فله الخيار بوجه آخر وهو التمسك بالمعيب ، فلا رجوع له ، أو فسخ القسمة من أصلها وعليه ففي قول المصنف فله ردها إجمال والحمد لله على كل حال .

(وإن استحق) بضم التاء وكسر الحاء المهملة (نصف أو ثلث) من بعض أنصباء المقسوم بينهم .

(خير) بضم الخاء المعجمة وكسر التحتية مشددة المستحق من يده بين نقض القسمة وبقائها والرجوع على صاحبه بنصف قيمة المستحق . الشارح ويحتمل تخييره بين نقضها ورجوعه شريكاً فيما بيد صاحبه بقدر نصف ما استحق من يده و(لا) يخير إن استحق (ربع) بضم الراء فأقل منه ويرجع بنصف قيمته (وفسخت) بضم فكسر القسمة (في) استحقاق (الأكثر) من النصف ولا خيار ولا رجوع والفسخ في استحقاق كل النصيب بالأولى .

« ق » فيها لابن القاسم رحمه الله تعالى إن اقتسما عبدين فأخذ هذا عبداً وهذا عبداً فاستحق نصف عبد أحدهما ، فللذي استحق ذلك من يده أن يرجع على صاحبه بربع

العبد الذي في يده إن كان قائماً ، وإن فات رجع عليه بربع قيمته يوم قبضه ولا خيار له في غير هذا . أبو محمد لما استحق نصف ما صار إليك لم يكن لك رد باقيه ، بخلاف مبتاع عبد يرده باستحقاق أيسره لضرر الشركة ، وفيها أيضاً لا ينتقض القسم إلا باستحقاق جل نصيبه ، فإن استحق نصفه فلا ينتقض القسم ويرجع على صاحبه بربع قيمة ما بيده ولا ينتقض القسم في هذا .

« غ » ابن يونس بلغني عن بعض فقهائنا القرويين أنه قال الذي يتحصل عندي في وجود العيب ، أو الإستحقاق يطرأ بعد القسم ان ينظر ، فإن كان ذلك كالربع فأقل رجع بحصته ثمناً ، وإن كان نحو الثلث والنصف يكون شريكاً بحصة ذلك فيما بيد صاحبه ولا ينتقض القسم ، وإن كان فوق النصف انتقض القسم وابتداءه ، واستحسن ابن يونس هذا التحصيل وقال ليس في الباب ما يخالفه إلا مسألة الدار يأخذ أحدهما ربعها والآخر ثلاثة أرباعها ، فيستحق نصف نصيب أحدهما ، فإنه قال يرجع بقيمة ذلك فيما بيد صاحبه ، ولو قال يرجع فيما بيد صاحبه لاستوت المسائل وحسن التأويل ، ولم يكن في الكتاب تناقض .

ولما ذكر عياض اختلاف أجوبة المدونة في هذه المسألة قال فبحسب ذلك اختلف فيها المتأولون وحار فيها المتأملون ، وكثر فيها كلام المدققين وتعارضت فيها مذاهب المحققين، فذهب القرويون إلى أن ذلك كله تفريق بين البيع والقسمة ، فمذهب الإمام مالك وابن القاسم رضي الله تعالى عنهما المعلوم في البيع أن الثلث كثير يرد منه ، وأن القسمة على ثلاث درجات تستوى مع البيع في اليسير الذي لا يردان منه وذلك الربع ، وفي الجل يرد منه البيع وينفسخ القسم ، ويفترقان في الثلث والنصف ونحوهما فلا يفسخ عندهما في استحقاق النصف أو الثلث ، ويشارك بذلك فيما بيد صاحبه ، وهذا نحو نقل ابن يونس .

فإن قلت لو درج المصنف على هذا ما خصه بالإستحقاق ولا ذكر التخيير في الثلث والنصف ، بل كان يقطع بأنه يكون شريكاً بحصة ذلك فيما بيد صاحبه قلت لعله لم يره

خصوصية الإستحقاق ، وإنما أراد ضبط الاقل والاكثر والمتوسط بينهما بالنسبة لهذا الباب ، ولعله فهم أن قول القرويين إن كان نحو الثلث والنصف يكون شريكاً بحصته ، معناه إن شاء ، وفيه نظر ، والله اعلم .

(تنبيهات)

الاول : الحط ظاهره لا فرق بين كون المستحق شائعاً في جميع المقسوم أو في حصة أحدهم أو معيناً ، وليس كذلك ، إنما هذا الحكم فيما إذا استحق معين أو شائع من حصة أحدهم فيفصل فيه على ما ذكره ، وفيه ما نبه عليه . « غ » وغيره وأما اذا استحق جزء شائع من جميع المقسوم فلا كلام لأحدهما على صاحبه ، لأنه استحق من نصيب أحدهما مثل ما استحق من نصيب الآخر ، وهذا ظاهر ، وقد أشار اليه ابن الحاجب بقوله وإن استحق بعض معين .

الثاني : عياض في التنبيهات جاء في مسألة وجود العيب والإستحقاق بعد القسمة ألفاظ مشكلة وأجوبة مختلفة ومقالات مطلقة اضطرب بسببها تأويل الشيوخ ، فإن وقع الإستحقاق بشائع فلا ينقض القسم واتبع المستحق كل وارث بقدر ما صار من حقه ، ولا يتبع الملي عن المعدم وإن استحق نصيب أحدهم بعينه ، فإن استحق جميعه رجع فيما بيد شريكه كأن الميت لم يترك غيره ، وإن استحق بعضه فثلاثة لإبن القاسم قال مرة ينقض القسم كله إن كان المستحق كثيراً ، وإن كان يسيراً رجع بقيمته ، وقال مرة يرجع فيساوي صاحبه فيما بيده بقدر نصف ذلك المستحق كثيراً كان أو قليلاً ، وقال مرة ينقض في الكثير ويرجع في اليسير شريكاً والله أعلم .

وشبه في الفسخ فقال (كطرو) بضم الطاء والراء وشد الواو ، أي طريان (غريم) أي صاحب دين وحده على ورثه وحدهم بعد قسمهم تركة مورثهم فينقض القسم ، ويرجع الغريم على كل وارث بما أخذه منها إن استغرقها دينه أو على ورثة وموصى له بالثلث فكذلك (أو) طروء (موصى) بضم الميم وفتح الصاد (له بعدد) من دنانير

عَلَى وَرَثَةٍ ، أَوْ عَلَى وَارِثٍ ، وَمُوصًى لَهُ بِالثُّلُثِ ، وَالْمَقْسُومُ : كَدَارٍ

وَإِنْ كَانَ عَيْناً ، أَوْ مِثْلِيًّا ، رَجَعَ عَلَى كُلٍّ ، وَمَنْ أَعْسَرَ : فَعَلَيْهِ

إِنْ لَمْ يَعْلَمُوا ، وَإِنْ دَفَعَ جَمِيعُ الْوَرَثَةِ مَضَتْ :

ونحوها (على ورثة) وحدهم بعد قسمهم تركة مورثهم (أو) طروه موصى له بعدد وحده (على وارث وموصى له بالثلث) مثلاً بعد إعطاء الثلث للموصى له به وقسم الباقي على الورثة . ابن القاسم فتفسخ القسيمة ويعطى الغريم أو الموصى له حقه ثم يبتدأ القسم .

(و) الفسخ مقيد بما إذا كان (المقسوم) مقوماً (كدار) أو بستان أو رقيق أو حيوان أو عرض لتعلق الغرض بعينه فيها إن كانت التركة داراً وليس فيها عين فاقتسمها الورثة ثم قدم وارث أو موصى له بثلث نقض القسم كانوا قد جمعوا الدور في القسم أو اقتسموا كل دار على حدة .

(وإن كان) المقسوم (عيناً) أي دنانير أو دراهم (أو مثلياً) أي مكيلاً أو موزوناً أو معدوداً غير عين فلا يفسخ القسم (ورجع) الغريم أو الموصى له بعدد الطارىء (على كل) ممن أخذ شيئاً من ذلك بما يخصه إن كان قائماً وإن فات رجع بمثله (ومن أعسر) من المطروء عليهم (فعليه) أي المعسر يرجع الطارىء ويتبع به في ذمته ولا يرجع بما عليه على مليء من المطروء عليهم (إن لم يعلموا) حين القسم بالطارىء قاله ابن القاسم ، فإن كانوا عالمين به وقسموا رجع الطارىء على المليء بما على المعسر وعلى الحي بما على الميت ، وعلى الحاضر بما على الغائب لتعديهم . ومحل فسخ قسمة المقوم إن لم يدفع الورثة أو بعضهم للطارىء حقه . فيها لابن القاسم رحمه الله تعالى إذا طرأ وارث أو موصى له بثلث بعد القسم والتركة عين أو عرض ، فإنما يتبع كل وارث بقدر ما صار إليه من حقه ولا يتبع المليء بما على المعدم .

(وإن دفع جميع الورثة) أو بعضهم للطارىء حقه (مضت) القسمة ، هذا هو المشهور من قول ابن القاسم المنصوص عليه في المدونة ، وفيها لكل واحد من الورثة أن

كَبَيْعِهِمْ بِلاَ غَبْن ، وَٱسْتَوْفَى مِمَّا وَجَدَ ثُمَّ تَرَاجَعُوا . وَمَنْ أَعْسَرَ : فَعَلَيْـهِ ، إنْ لَمْ يَعْلَمُوا ،

يفتك ما يباع عليه في الدين بأداء ما ينوبه ، فإن قال واحـــد أنا أؤدى جميع الدين أو الوصية عيناً كانت أو طعاماً ولا اتبعكم بشيء ولا تنقضوا القسم لرغبته في حظه ، وقـد قسموا ربعاً أو حيوانا ، فذلك له . وشبه في مضي القسم وعدم فسخه فقال (كبيعهم) أي ورثة الميت أنصباؤهم من تركته بعد قسمها (بلا غبن) أي محاباة لا حقيقـة الغبن ، وما أدرى ما الحامل للمصنف على ارتكاب المجاز بلا قرينة وعدوله عن عبـارة المدونة وابن الحاجب وغيرهما ، ومجرد الاختصار لا يسوغ ذلـك ، فإن بيع بمحاباة فكالهبة قاله ابن رشد ، والهبة لا ترد .

واختلف هل يضمن الواهب والمعتق فقال ابن حبيب فيدفـــع للغريم ولا يرجع على الموهوب له ، وذهب أشهب وسحنون إلى أنه لا يضمن فيرجع الغريم على الموهوب لـــه ويرد العتق .

فإن قلت إذا كان البيع يمضى مطلقا فلم قيد ابن الحاجب والمصنف بعدم المحـاباة . قلت قولها وما باع فعليه ثمنه لا قيمته إن لم يحاب يدل على أن عدم المحاباة قيد في إعطـاء الثمن لا في الإمضاء فتؤول عبارتها بذلك ، أي كبيعهم يمضي وعليهم الثمن إن باعوا بلا محاباة ، ثم ظهر عليه دين فلا ينقض البيع . ابن المواز ويضمنون الدين بالبيـع ، وإن باع بعضهم نصيبه ولم يبع بعضهم نصيبه .

(استوفى الطارىء) جميع حقه (مما وجد) ه من التركة (ثم تراجعوا) أي رجع الوارث المأخوذ نصيبه في الدين على من باع نصيبه بما يخصه من الدين (ومن أعسر) منهم (فعليه) أي المعسر يرجع الطارىء بما عليه ويتبـع ذمته ولا يأخذه من مليء غيره (إن لم يعلموا) أي الورثة بالطارىء ، فإن كانوا عالمين به أخذ من المليء ما على المعسر .

الحط ذكر المصنف رحمه الله تعالى أربـع مسائل ، الأولى : أن يطرأ غريم على الورثة بعد أن اقتسموا التركة . الثانية : أن يطرأ موصى له بعدد على الورثة بعد القسمة أيضا .

الثالثة : أن يطرأ غريم على الورثة والموصى لهم بالثلث بعد القسمة . الرابعة : أن يطرأ موصى له بعدد على الورثة والموصى لهم بالثلث بعدها أيضا ، وذكر أن الحكم في الصور الأربع نقض القسمة ، لأنه شبهها باستحقاق الأكثر ، لكن شرط فيه كون المقسوم مقوما كدار وعبيد وثياب . واحترز عن كونه عينا أو مثليا فلا تنقض ، وصرح به بقوله وإن كان عينا أو مثليا رجع على كل من الورثة بحصته وشرط نقضها في المقوم أن لا يدفع الورثة أو أحدهم جميع الدين ولا العدد الموصى به . وقوله ومن أعسر فعليه إن لم يعلموا مشكل لاقتضائه أن التركة إذا كانت عيناأو مثليا وطرأ غريم بعد قسمها ووجدبعضهم موسراً وبعضهم معسراً فإنه يرجع على الموسر بحصته فقط ، ويتبع المعسر بحصته إذا لم يعلموا الدين وليس كذلك ، إنما هذا في طروء غريم على غرماء أو وارث على ورثة أو موصى له على موصى لهم .

وأما إذا طرأ غريم على ورثة فيرجع على مليهم بجميع ما أخذه من التركة وله هو الرجوع على المعسر بما يخصه ، سواء علموا الدين أم لم يعلموه ، وكذا قوله بعد ومن أعسر فعليه إن لم يعلموا ففي قسمتها ومن هلك وعليه دين وترك دوراً ورقيقا وصاحب الدين غائب فجهل أن الدين قبل القسمة ، أو لم يعلموا به فاقتسموا ميراثه ثم علموا الدين فترد القسمة حتى يوفى الدين إن كان ما اقتسموا قائما ، فإن أتلف بعضهم حظه وبقي في يد بعضهم حظه فلرب الدين أخـــذ دينه مما بيده ، فإن كان دينه أقل مما بيده أخذ قدر دينه وضم ما بيد هذا الوارث بعد الدين الى ما أتلفه بقية الورثة ، فكان هو التركة،وما بقي بيد الغارم فهو له ، ويتبع بقية الورثة بتمام مورثهمن مال الميت بعد الدين ان بقي له شيء ، ويضمن كل وارث ما أكله وما استهلكه مما أخذه من التركة وما باع فعليه ثمنه ان لم يحاب .

ففي قوله ومن أعسر فعليه ان لم يعلموا الظاهر أنه وهم منه رحمه الله تعالى ، اذ لم يذكره في المدونة ولا ابن الحاجب ولا غيرهم ممن وقفت عليه ، بل اقتصر ابن الحاجب

على قوله يوفي دينه مما وجد ويتراجعون ، ولم أر من قال في تراجعهم من أعسر فعليه ان لم يعلموا اذ لا معنى لهذا الشرط لاستوائهم في العلم ، بل ظاهر كلامهم اتباع كل بحصته من غير تفصيل . وان قيل محله التأخير فتأخير الذي قبله كما قلناه يغني عنه، وقد استشكله الحط بعد استشكال الذي قبله .

قال الإمام مالك رضي الله تعالى عنه وما مات بأيديهم من حيوان أو هلك بأمر من الله تبارك وتعالى من عرض وغيره فلا يضمن من هلك ذلك بيده وضمانه من جميعهم. ابن القاسم لأن قسمهم باطل للدين ، ثم قال وان قسم القاضي بينهم ثم طرأ دين انتقض كقسمهم بغير أمره وهم رجال، ثم قال وان طرأ على الورثة وارث أو موصى له بالثلث بعد القسم والتركة عين أو عرض ، فإنما يتبع كل واحد بقدر ما يصير اليه من حقه ، ولا يتبع الطارىء الملىء بما على المعدم كالغريم الطارىء على ورثة ، ولكن كغريم طرأ على غرماء وقد قسموا مال الميت أجمع فأعدم بعضهم فلا يتبع الملىء الا بما عنده من حصته بالحصاص ، وان كانت التركة دوراً ولا عين فيها فاقتسمها الورثة ثم قدم وارث أو موصى له بثلث نقض القسم كانوا قد جمعوا الدور في القسم أو قسموا كل دار على حدة ولو قدم موصى له بدنانير أو دراهم والثلث يحملها كان كلحوق دين، اما أن يؤدوه أو بنقض القسم ، ولا تجبر الورثة على أدائه من مالهم ومال الميت قائم ، ثم قال ولو طاع أكثرهم بأداء الوصية والدين وأبى أحدهم وقال انقضوا القسم وبيعوا لذلك واقتسموا ما بقي فذلك له ، ثم قال ولو دعوا الى نقض القسم الا واحداً قال أنا أؤدي جميع الدين أو الوصية عينا كانت أو طعاما ، ولا اتبعكم بشيء ولا تنقضوا القسمة لرغبته في حظه ،وقد قسموا ربعا وحيوانا فذلك له اه .

(تنبيهات)

الأول : الحط التفريق بين كون المقسوم مقوما ، وكونه عينا أو مثليا انما ذكره ابن الحاجب في طريان وارث على مثله ، ولكنه يفهم من كلام غيره جريانه في طريان غريم

أو موصى له بعدد على ورثة ، وصرح به في اللباب قال واذا طرأ دين بعد القسمة يفترق التركة أخذ ذلك من يد الورثة، وان كان لا يفترقها وكلهم حاضر موسر غير ملد أخذ من كل واحد ما ينوبه وان كان بعضهم غائبا أو معسراً أو ملدا أخذ دينه من الحاضر الموسر غير الملد ويتبع هو أصحابه وان كانت التركة عقاراً أو رقيقاً فسخت حتى يوفى الدين علموا بالدين أو لم يعلموا قاله في المدونة . وقال أشهب وسحنون لا يفسخ ويفض الدين على ما بأيديهم بالحصص طفي فيه نظر ، إذ لا دليل له في كلام اللباب ، لأن الفسخ في المثلي إنما تظهر فائدته إذا هلك إمـا مع وجوده فلا يفسخ كما يأتي في كلام ابن رشد ، ولم يتكلم صاحب اللباب على هذا ، وإنما تكلم على كيفية الأخذ ، وفي هذا لا تنتقض القسمة في المثلي ، بل في غيره وهو مخالف للمصنف في كيفية الأخذ لقوله أخذ دينه من الحاضر الموسر ، وقال المصنف ومن أعسر فعليه وهو قال علموا بالدين أو لم يعلموا . وقال المصنف إن لم يعلموا وقوله أخذ دينه من الحاضر معناه ما لم يجاوز ما قبضه .

الثاني : « غ » اشتمل كلامه على ثمانية أنواع من الأحد عشر نوعاً التي في المقدمـات وكأنه أسقط الثلاثة الباقية لرجوعها للثمانية التي ذكرها كما أشار اليـــه في المقدمات ا هـ . قلت والثلاثة الباقية طروء غريم على غرماء وورثة ، فإن كان فيما أخذه الورثة كفـــاف الدين رجع الغريم عليهم كما تقدم في طروء غريم على ورثة ، وإن لم يكن فيه كفاف دينه رجع على الغرماء ببقية ما يخصه بالمحاصة كرجوع غريم على غرماء الثانية طروء موصى له بجزء على موصى له بجزء وورثة ، وحكمها أنه إذا كان فيما أخذه الورثة زائد على الثلثين، وهو كفاف الجزء الطارىء كان كطروء الموصى له بجزء على الورثة ، وإن لم يكن فيـه كفاف رجع بباقي ما يخصه بالمحاصة في الثلث على الموصى لهم ، والثانية طروء غريم على ورثة وموصى لهم بأقل من الثلث ، وحكمهــا إن كان ما قبضه الموصى له يخرج من الثلث بعد أداء الدين فلا يرجع الغريم على الموصى له لا في عدم الورثة ، وإن كان لا يخرج من الثلث بعده فيرجع بالزائد عن الثلث على من وجده ملياً من الموصى لهم . وأما قـدر الثلث فلا يرجع علي الموصى له إلا في عدم الورثة ، والله أعلم .

الثالث : طفي قوله كطروء غريم الخ تشبيه في الفسخ ، سواء كان المقسوم مقوما أو مثلياً ، فقوله والمقسوم كدار الخ لا يصح هنا ، ومحله بعد قوله أو وارث أو موصى له على مثله الخ ، كما فعل ابن الحاجب تبعا لابن شاس ، ونحوه في المدونة ، وتقديمه هنا وهم من المصنف أو مخرج المبيضة لأن النقض في طروء الغريم على الوارث مطلق ، ولأنه يأخذ المليء عن المعدم مـا لم يجاوز ما قبضه كما قدمه في باب الفلس ، ولا فرق بين علمهم وعدمه فكيف يصح قوله ومن أعسر إن لم يعلموا ، وإنما هذا التفصيل في طروء الوارث على مثله .

ابن عرفة إذا رجع القادم على الورثة ففي المدونة يتبع المليء في كل حظه بالإرث بما على المعدم ، بخلاف طروءه على غرماء . ابن رشد اختلف إذا طرأ على التركة دين أو وصية بعد قسمها الورثة من دنانير او دراهم او طعام او عرض او حيوان او عقار على خمسة أقوال ، أحدهـا : نقض القسمة لحق الله تعالى شاء الورثة أو أبوا لما هلك أو نقص من جميعهم ومـا نما لجميعهم فيخرج الدين او الوصية من ذلك ، وإن بقي شيء فيقسم على الورثة ، وهذا قول مالك في رواية أشهب «رض» .

الثاني : نقضها إلا أن يتفق جميع الورثة على عدمه وإخراج الـدين أو الوصية من أموالهم ، فذلك لهم ، وهو المشهور من مذهب ابن القاسم المنصوص له في المدونة ا هـ ، فعلم منه أن فائدة نقضها ولو كانت التركة مثلياً الضمان من جميعهم إذا تلف بسماوي ، وإذا كان المثلي قائماً بأيديهم فلا تنقض ، إذ لا فائدة له . ابن رشد ان وجد ما قسموه بأيديهم فلا ينتقض قسمه من المكيل والموزون ، ولهذا قيد ابن عرفة المسألة أولاً بغير المثلي إشارة الى أن غير المثلي ينقض مطلقاً ، وهو مع الهلاك ، الا أن ابن عرفة كلامه يقيد بعضه بعضاً . وأما كلام المصنف فيحتاج الى وحي يسفر عنه بأن يقال قيد بقوله كدار إشارة الى أن المثلي فيه تفصيل ، وهو عدم النقض مع وجوده والنقض مع هلاكه ، والله أعلم ، ولم أر من قيد بالمثلي كما فعل المصنف ، فابن رشد عمم كما ترى . وأطلق ابن شاس وابن الحاجب وغير

وإنْ طَرَأَ غَرِيمٌ ، أو وارِثٌ ، أو مُوصىً لَــهُ عَلَى مِثْلِهِ ، أو مُوصىً لَهُ بِجُزْءٍ عَلَى وارِثٍ اُتَّبِعَ كُلاًّ بِحِصَّتِهِ ، وأُخِّرَتْ ، لاَ دَيْنٌ لِحَمْلٍ ، وفِي الْوَصِيَّةِ : قَوْلاَنِ ،

واحد والعجب من شراحه كيف قرروه على ظاهره ، وأعجب منـه قول «غ» رتب المصنف الطوارىء كما في المقدمات ، ورتبها على ترتيب ابن الحاجب لأصولها مع أن المصنف لم يرتبها كذلك ، وقد تنبه لما قلنا مشرف الدين الطخيخي ، فاعترض على المصنف في قوله والمقسوم كدار إلا أنه لم يشف الغليل بإيراد النقول ، وقــد أوردنا لك ما شفى وكفى ، والله الموفق .

(وإن طرأ غريم) أي صاحب دين على مثله بعد قسمة مال الميت (أو) طرأ (وارث) على مثله بعد القسم (أو) طرأ (موصى له على مثله أو) طرأ (موصى له بجزء) كسدس (على وارث) بعده (اتبع) الطارىء (كلا) بضم الكاف وشد اللام ، أي كل واحد من المطروء عليهم (بحصته) التي تخصه بالمحاصة ولا ينقض القسم ولا يغرم ملياً عن معدم ، فإن وجد ما أخذوه قائماً بأيديهم أخذ من كل ما يجب له عنده ان كان مكيلاً او موزوناً او معدوداً ، وإن كان حيواناً او عرضاً او عقاراً انفسخت القسمة لتضرره بتبعيض حصته قاله تت . الحط هذا ان كان المقسوم عيناً ، وأما ان كان داراً فللطارىء ، نقض القسمة قاله في المدونة وابن الحاجب ، ونصه ولو طرأ وارث والمقسوم كدار ، فله الفسخ ، وان كان عيناً رجع عليهم ، ومن أعسر فعليه ان يعلموا بــه . وقال أشهب من أعسر فعلى الجميع . في التوضيح قوله فله الفسخ أي وله مشاركة كل واحـد بما ينوبه وتقدم لفظها واللباب .

(وأخرت) بضم الهمز وكسر الخاء المعجمة قسمة التركة على الورثة الذين أحدهم حمل (لا) يؤخر (دين) اي دفعه من التركة لمستحقه ، وصلة اخرت (لـ) وضع (حمل) وارث (وفي) تأخير إخراج (الوصية) اي المال الذي اوصى به الميت لوضع الحمــل وتعجيله (قولان) لم يطلع المصنف على ارجحية احدهما .

«ق» ابن رشد من مات وترك امرأة حملها وارثه يجب ان لا يعجل قسم تركته حتى تسئل ، فإن قالت انها حامل وقفت التركة حتى تضع او يظهر عدم حملها بانقضاء عدة الوفاة ولم يظهر حملها ، وإن قالت لا أدري أخر القسم حتى يتبين ان لا حمل بها بحيضة او بمضي امد العدة ولا ريبة حمل بها ان كان له ولد فقالت زوجته عجلوا لي ثمني لتحققه لي لم يكن لها ذلك . وأما الدين فيؤدى ولا ينتظر به الوضع . الباجي هـــذا هو الصحيح خلافاً لابن أيمن ، وأما الوصية فسمع ابن القاسم لا تنفذ حتى تلد ، ورواه ابن أبي أويس وقاله ابن مسلمة قال لأن ما يهلك من رأس المال وما يزيد منه ، أراد فيكون الموصى له استوفى وصيته على غير ما يرثه الورثة. وروى ابن نافع تنفذ الوصية ويؤخر قسم الإرث حتى تلد ، وقاله أشهب فانظر لم يجعل سماع ابن القاسم هو المشهور ، وقد رواه ابن أبي أويس ، وقاله ابن مسلمة .

«غ» أشار لقول ابن رشد قف على هذه الثلاث مسائل الدين يؤدي باتفاق ولا ينتظر به وضع الحمل والتركة لا يقسمها لورثة باتفاق حتى يوضع الحمل والوصايا اختلف فيها هل يعجل انفاذها قبل وضع الحمـل أو لا يعجل حتى يوضع الحمل ؟ قال لم أعرف في الدين خلافاً إلا ما ذكر فيه عن بعض الشيوخ من الغلط الذي لا يعد من الخلاف . وقـــد قال الباجي شهدت ابن أيمن حكم في ميت عن امرأته حاملاً أنه لا يقسم ميراثه ولا يؤدى دينه حتى يوضع الحمل ، فأنكرت عليه فقال هذا مذهبنا ، ولم يأت بحجة ،والصحيح أن يؤدى دينه ولا ينتظر به وضع الحمل ولا يدخله اختلاف قول مالك «رض» في توقيف الوصية الى وضع الحمل على قول من رأى ذلك لعله هي أن بقية التركة قد تتلف في حال التنفيذ قبل وضع الحمل ، فيجب للورثة الرجوع على الموصى لهم بثلثي ما قبضوا ، ولعلهم معدمون أو غير معينين ، فلا يجدون من يرجعون عليه .

وأما تأخير الدين حتى يوضع الحمل فلا علة توجبه ، بل يجب تعجيل أدائه خوفاً من هلاك المال فيبطل حق صاحب الدين من غير منفعة فيه للورثة وإذا وجب قضاء دين الغائب

بما وجد له من المال مع بقاء ذمته إن تلف الموجود له ، فأحرى أن يؤدي الدين عن الميت من تركته لوجهين ، أحدهما : أن الميت قد انقضت ذمته ، والثاني : أن الحمل لا يجب له في التركة حق حتى يولد حياً ويستهل صارخاً ، ولو مات قبل ذلك لم يورث عنه نصيبه، والغائب حقه واجب في المال الموجود ، ولو مات ورث عنه ، فاذا لم ينتظر الغائب مع وجوب المال الذي يؤدى منه الدين الآن له كان أحرى أن لا ينتظر الحمل الذي لم يجب له في التركة حق،ومن قول ابن القاسم في المدونة وغيرها أن من أثبت حقاً على صغير قضى له به ولم يجعل للصغير وكيل يخاصم عنه في ذلك ، فاذا قضى على الصغير بعد وضعه من غير أن يقام له وكيل فلا معنى لانتظار وضع الحمل بتأدية دين الميت ، وهـــذا كله بين لا ارتياب فيه ولا إشكال، وقد نقله ابن عرفة الى قوله من غير وجه منفعة في ذلك للورثة ثم تعقبه ، فقال في تغليطه ابن أيمن وقوله لا حجة له نظر ، بل هو الأظهر ، وبـه العمل عندنا ، ودليله من وجهين .

الأول : أن الدين لا يجوز قضاؤه بحكم قاض به ، وحكمه متوقف على ثبوت موت المدين وعدد ورثته ولا يتصور عـــدد ورثته الا بوضع الحمل ، فالحكم متوقف عليه ، وقضـاء الدين متوقف على الحكـم ، والمتوقف على المتوقف على أمر متوقف على ذلك .

الأمر الثاني : أن حكم الحاكم بالدين متوقف على الأعذار لكل الورثة والحمـــل منهم ، ولا يتقرر الأعذار في جهته إلا بوصي أو مقدم ، وكلاهما يستحيل قبـل وضعه فتأمله اه .

الحط ما استدل به لا بن أيمن مبني على أنه لا يكفي في الحكم بالقضاء ثبوت عـدد الورثة الموجودين والحمل ، وأنه لا يكون للحمل وصي ولا ولي وابن رشد لا يسلمه ، وهو الظاهر ، وقد صرح في رسم مرض من سماع ابن القاسم من كتاب الدعوى ، والصلح بأن للناظر على الحمل أن يصالح الزوجة على ميراثها إذا لم يكن فيه غرر كأن يترك زوجة حاملا وبنين ونصه ، ولا خلاف عندي في أن للناظر على الحمل أن يجيز الصلح عليه ، ويمضيه

إذا رآه نظراً له ولم يكن فيه غرر ، ولا فساد لعلم الزوجة بنصيبها ولا في أن الناظر للحمل أن يصالح الزوجة عنه قبل وضعه اذا كان نصيبها معلوماً ، وذكر في رسم العتق الثاني من وسماع أشهب أن الورثة اذا عزلوا للحمل ميراث ذكر ، وقسموا بقية التركة فلا رجوع لهم فيما عزلوه للحمل ان نقص ما بأيديهم أو هلك ، وإن تلف ما وقفوه له يرجع عليهم ان وجدهم أملياء ، وإن أعدم بعضهم يرجع على الأملياء فيقاسمهم فيما بأيديهم ، فان نما بأيديهم فله الرجوع ، لأن قسمهم لم يجز عليه ، ولو نما ما وقفوه له فلا يكون لهم قول فيه ، لأنهم قد رضوا بما أخذوا فالقسمة لزمتهم ، ولا تلزمه ولو كان للحمل ناظر قسم عليه لجازت القسمة لهم ، وعليهم ثم قال فيمن ترك زوجته حاملا وأبويه الواجب وقف الميراث حتى تضع ، فان جعلوا الحمل ذكراً وعزلوا له ميراثه واقتسموا ما بقى كانت على ما تقدم في التي قبلها اهـ .

(و) إن أراد الشركاء قسم المشترك بينهم وفيهم صغير (قسم عن) الـ (صغير أب) له مسلم ، لأنه وليه لا أمه إلا أن تكون وصية عليه من أبيه أو وصيه ، ومفهوم صغير أن الأب لا يقسم عن ابنه البالغ الغائب (أو وصي) من الأب أو وصيه أو مقدم من القاضي على يتيم لا وصي له (وملتقط) بكسر القاف عن لقيطه . فيها الابن القاسم رحمه الله تعالى يجوز أن يقاسم عن الصغير أبوه أو وصيه الدار والعقار وغيرهما ملك ذلك بإرث عن أمه أو بغيره ، وقاله الإمام مالك «رض» ، ولا يقسم الوصي على الأصاغر حتى يرفع ذلك فيقسم بينهم إذا رآه نظر ، أو إذا قسم للصغير أبوه فحابى فلا تجوز محاباته فيها ولا هبته ولا صدقته في مال ابنه الصغير ، ويرد ذلك أن وجد ولم تفت عينه ، وإن كان الأب موسراً ، فان فات ذلك ضمنه الأب . ابن الحاج القسمة بالتعديل بين الايتام جائزة إذا ثبت السداد والقرعة أحسن .

وشبه في جواز القاسم فقال (كـ) قسم (قاض عن) رشيد (غائب) فيجوز قسمه عنه إن طلبه شركاؤه . فيها لابن القاسم إذا ورث قوم شقص دار والشريك غائب فأحبوا

لاَ ذِي شُرْطَة أو كَنَفَ أخاً ، أو أبْ عَنْ كَبِيرٍ ، وإنْ
غَابَ ، وفِيهَا : قَسْمُ نَخْلَةٍ ، وزَيْتُونَة إنِ اعْتَدَلَتَا ،
وَهَلْ هِيَ قُرْعَةٌ

القسم فالقاضي يلي ذلك على الغائب ، ويعزل حظه ، وكذلك هذا في الرقيق وجميع الأشياء (لا) ك (لذي) أي صاحب (شرطة) بضم الشين المعجمة وسكون الراء أي علامة في لبسه تميزه ، وهم جنود السلطان فلا يقسم عن صغير ولا عن غائب .

فيها لابن القاسم رحمه الله تعالى إن طلب شريك الغائب القاسم فالقاضي يلي ذلك ويوكل من يقسم بينهم ، ويعزل نصيب الغائب ، فان رفعوا ذلك الى صاحب الشرطة فقسم بينهم لم يجز ولا يجوز قسم الأب على ابنه الكبير وإن غاب ، ولا الأم على ابنها الصغير إلا أن تكون وصية . الحط إن كان الصغير متحداً وشريكه أخ كبير أو أجنبي فانه يجوز قسم الوصي عليه من غير مطالعة حاكم بلا خلاف ، وإن تعدد الصغار وكان الشريك كبيراً فان كان حظ الصغار مشتركاً جاز القسم أيضاً بلا خلاف ، وإن تميزت حظوظهم فقيل يجوز وقيل يكره ، وإن كان القسم بين الصغار فقط فمذهب المدونة وعدم الجواز ، وقيل يكره ، وقيل يجوز والله أعلم .

(أو) أخ (كنف) بفتح الكاف والنون والفاء أي ربى أخ (أخاً) له يتيماً فلا يقسم عنه ولا يبيع عنه ، ومفهوم كنف أحرى بالمنع ، وظاهره ولو مع عدم القاضي وهو كذلك ، وسواء كان المقسوم قليلاً أو كثيراً وهو كذلك (أو أب) فلا يجوز قسمه (عن) ولد (كبير) رشيد إن حضر ، بل (وإن غاب) الابن (وفيها) أي المدونة (قسم نخلة وزيتونة) مشتركتين بين اثنين بأن يأخذ أحدهما النخلة والآخر الزيتونة (إن اعتدلا) أي النخلة والزيتونة ، وذكر باعتبار عنوان الشيئين مثلاً في القيمة .

واستشكل بأن أصل ابن القاسم منع جميع الجنسين في قسمة القرعة ، فاختلف الشيوخ في جواب (هل هي) أي قسمة النخلة والزيتونة (قرعة) بضم القاف وسكون الراء

وجازَتْ لِلْقِلَّةِ ، أو مَراضاةٌ ؟ تأويلانِ .

وأجيزت في الجنسين (للقلة) بكسر القاف وهو تأويل ابن يونس لقولها وإن تركوها لم يجبروا ولقولها اعتدلتا (أو) هي (مراضاة) اعتباراً بقولها تراضيا ، واعتذر عن قولها اعتدلتا بأنها دخلا على الاعتدال وإن لم يشترط في التراضي في الجواب (تأويلان) ومفهوم اعتدلتا امتناع القسم إن لم تعتدلا ، فيها فان كانت نخلة وزيتونة بين رجلين فهل يقتسمانها فقال ان اعتدلتا في القسم وتراضيا بذلك قسمتهما بينهما يأخذ هذا واحدة وهذا واحدة ، وإن كرها فلا يجبران .

ابن يونس قوله تراضيا أي على أن يستهما عليهما فلذلك شرط الاعتدال. سحنون ترك ابن القاسم قوله لا يجمع بين صنفين مختلفين في القسم . عياض حمل بعضهم مسألة النخلة والزيتونة على قسمة القرعة وهو الأظهر لقوله اعتدلتا، ومع ذلك فلا يكون إلا بتراضيهما على الإسهام عليهما ، قالوا وهذا نزوع من ابن القاسم الى مذهب أشهب في جمع الجنسين بالسهم على التراضي ، وابن القاسم لم يجزه، وقد يقال لا نزوع لشرطه في منع الجمع احتمال كل صنف القسم وإلا جاز كما هنا ، والله أعلم. وقال سحنون المراد بها قسم المراضاة والله سبحانه وتعالى أعلم .

* * *

﴿ باب ﴾

القِرَاضُ :

(باب)

(في بيان القراض وأحكامه وما يتعلق به)

(القراض) أي حقيقته شرعاً في المقدمات مأخوذ من القرض، وهو ما يفعله الرجل ليجازى عليه من خير أو شر، فلما اتفق صاحب المال والعامل فيه على أن ينفع كل منهما صاحبه اشتق له هذا الاسم وهو القراض والمقارضة بصيغة المفاعلة الدالة على وقوع الفعل من الجانبين ، وهذا اسمه عند أهل الحجاز وأهل العراق ولم يقولوا قرضاً البتة ، ولا عندهم كتاب القراض ، وقالوا مضاربة ، وكتاب المضاربة أخذاً من قول الله تعالى ﴿ وإذا ضربتم في الأرض ﴾ ١٠١ النساء ، ومن قوله تعالى ﴿ وآخرون يضربون في الأرض ﴾ ٢٠ المزمل ، وذلك انه كان الرجل في الجاهلية يدفع ماله إلى رجل ليخرج به إلى الشام أو غيره فيبتاع المتاع على شرط قسمة ربحه بينهما ، وفي قول الصحابة للإمام عمر بن الخطاب رضى الله عنهم في قصة ابنيه [1] عبد الله وعبيد الله رضي الله تعالى عنهما لو جعلته قراضاً دليل على

---

(١) (قوله قصة ابنيه) في الموطا مالك عن زيد بن أسلم عن أبيه أنه قال خرج عبد الله وعبيد الله ابنا عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنهم في جيش إلى العراق ، فلما قفلا مرا على ابي موسى الاشعري رضي الله تعالى عنه وهو أمير البصرة ، فرحب بهما وسهل وقال لو أقدر لكما على أمر أنفعكما به لفعلت ، ثم قال بلى هنا مال من مال الله تعالى أريد أن أبعث به إلى أمير المؤمنين فأسلفكماه فتبتاعان به متاعاً من متاع العراق ثم تبيعانه بالمدينة فتؤديان رأس المال إلى أمير المؤمنين ، ويكون الربح لكما ، فقالا وددنا ذلك ، ففعل وكتب إلى عمر رضي الله تعالى عنه أن يأخذ منهما المال ، فلما قدما باعا فربحا فلما دفعا المال إلى عمر قال أكل الجيش أسلفه مثل ما أسلفكما، قالا لا ، فقال عمر ←

صحة هذه التسمية في اللغة لإنهم هم أهل اللسان الذي نزل به القرآن ، وأرباب البيان وإذا كان يحتج في اللغة بقول امرىء القيس والنابغة وغيرهما من شعر الجاهلية فالاحتجاج بقول الصحابة رضي الله تعالى عنهم أقوى وأولى .

وفي الذخيرة له اسمان القراض والمضاربة ، أما لفظ القراض فقال صاحب العين يقال أقرضت الرجل إذا أعطيته ليعطيك ، فالمقارض يعطي الربح كما يعطى المقترض مثل ما اقترضه ، وقال غيره هو من المقارضة وهي المساواة ، ومنه تقارض الشاعران ، إذ تساويا في الإنشاد ، لانهما يستويان في الانتفاع بالربح . وقيل من القرض الذي هو القطع ، لأنك قطعت له من مالك جزءاً من الربح الحاصل بسعيه ، وعبر بالمفاعلة المقتضية حصول الفعل من فاعلين لاستوائهما في الربح أو في القطع أو في النقد أو هي من الصيغ الخارجة عن أصلها نحو سافر وعافاه الله تعالى ، وطارقت النعل أي جعلته طاقاً على طاق ، وأما المضاربة فهي كلا منهما يضرب في الربح بنصيب ، وأما من الضرب في الأرض الذي هو السفر .

ابن عطية فرق بين ضرب في الارض وضرب الأرض أن الأول للتجارة والثاني للحج والغزو وسائر القربات ، كأن التاجر ينغمس في الأرض ومتاعها والمتقرب الى الله تعالى برىء من الدنيا ، والمقارض بكسر الراء رب المال ، وبالفتح العامل والمضارب بكسرها العامل ، وبفتحها رب المال عكس الأول . وقال بعض اللغويين ليس لرب المال اسم من المضاربة بخلاف القراض .

ـ رضي الله تعالى عنه ابنا أمير المؤمنين خصكما بالاسلاف أديا المال وربحه ، فسكت عبدالله وقال عبيد الله ليس لك هذا يا امير المؤمنين لو نقص المال أو هلك لضمناه ، فقال عمر أدياه وربحه ، فسكت عبد الله وراجعه عبيد الله ، فقال رجل من جلساء عمر لوجعلته قراضاً يا أمير المؤمنين ، فقال عمر قد جعلته قراضا فأخذ عمر رضي الله تعالى عنه رأس المال ونصف ربحه ، وعبدالله وعبيد الله ابنا عمر رضي الله تعالى عنهم نصف ربحه .

تَوْكِيلٌ عَلَى تَجْرٍ ، فِي نَقْدٍ مَضْرُوبٍ ، مُسَلَّمٍ بِجُزْءٍ مِنْ رِبْحِهِ ،

وحقيقته شرعا (توكيل) جنس في التعريف شمل كل توكيل (على تجر) بفتح الفوقية وسكون الجيم أي شراء وبيع لحصول ربح فصل مخرج التوكيل على غيره (في نقد) أي بذهب أو فضة فصل مخرج التوكيل على تجر بعرض أو رقيق أو حيوان فهو قرض فاسد (مضروب) أي مسكوك مختوم بختم الإمام ، فصل مخرج التوكيل على تجر بنقد غير مسكوك فهو قرض فاسد (مسلم) بضم الميم وفتح السين واللام مثقلا ، أي مدفوع من رب المال للعامل فصل مخرج التوكيل على التجر بنقد مضروب دين في ذمة العامل لرب المال فهو قرض فاسد (بجزء) فصل مخرج التوكيل على التجر بنقد مضروب مسلم بجميع ربحه فهو قرض لا قراض ، أو مجانا فهذا معروف أو بقدر معلوم فهو إجارة (من ربحه) أي المال فصل مخرج التوكيل على التجر بنقد مضروب مسلم بجزء من ربح مال آخر فهو قراض فاسد .

وعرفه ابن عرفة بقوله تمكين مال لمن يتجر فيه بجزء من ربحه لا بلفظ إجارة فيدخل بعض الفاسد كالقراض بالدين والوديعة ، ويخرج عنه قولها قال الإمام مالك رضي الله تعالى عنه من أعطى رجلاً مالاً يعمل به على أن الربح للعامل ولا ضمان عليه فلا بأس به . عياض سحنون هو ضامن كالسلف فضل هذا إن لم يشترط أن لا ضمان عليه . محمد إن قال خذه قراضاً ولك ربحه فلا ضمان عليه ، وإن قال خذه واعمل به ولك ربحه ولم يذكر قراضاً فهو ضامن .

الباجي يجوز شرط كل الربح لأحدهما على مشهور مذهب الإمام مالك رضي الله تعالى عنه وإن أريد إدخاله على أنه قراض قبل عقد على التجر بمال لعوض ليس من غير ربحه اه كلام ابن عرفة . الحط يخرج من هذا الأخير ما شرط كل ربحه لرب المال ، وحكمه الجواز ، ففي التوضيح لا خلاف بين المسلمين في جوازه وهو مستثنى من الإجارة المجهولة ومن السلف بمنفعة ، وفي التنبيهات لا خلاف في جواز القراض وانه رخصة مستثناة من الإجارة المجهولة ومن السلف بمنفعة . ابن عرفة يرد هذا بأنه ليس بمضمون ، وكل سلف مضمون ، وحكمة

مشروعيته الاحتياج اليه فرب ذي مال لا قدرة له على التجربه ، ورب قادر على التجر لا مال له فهو من المصالح العامة .

في المقدمات كان القراض معروفاً في الجاهلية فأقر في الإسلام، لأن الضرورة تدعو اليه لاحتياج الناس إلى التصرف في أموالهم وتنميتها بالتجر فيها ، وليس كل يقدر عليه بنفسه فيضطر إلى الاستنابة عليه ولعله لا يجد من يعمل له بأجرة معلومة لجريان عادة النـاس بالقراض ، فرخص فيه لهـذه الضرورة ، واستخرج بسبب هـذه العلة من الإجارة المجهولة على نحو مـا أرخص في المساقاة وشراء العرية بخرصها والشركة في الطعام والتولية فيه اهـ .

(تنبيهات)

الأول : ابن رشد القراض جائز بالدنانير والدراهم ، وكذلك التقر والاتبار ، أعني الذهب والفضة في البلد الذي يجري فيه ذلك ولا يتعامل فيه بالمسكوك . اللخمي يجوز القراض بالنقر بالبلد الذي يتبايعون بها فيه، ولا خلاف في ذلك . أبو عمر روى أشهب عن مالك رضى الله تعـالى عنهما جواز القراض بنقر الذهب والفضة ، قال لأن الناس تقارضوا قبل أن يضرب الذهب والفضة . وروى ابن القاسم أن مـالكاً رضى الله تعالى عنهما سهل في ذلك ، وأجازه ولم يجزه بالمصوغ . وروي عنه في المدونة والعتبية الكراهة زاه في العتبية وإن نزل فلا يفسخ .

الثاني : الحط ظاهر قوله مضروب أنه يجوز القراض به كان التعامل به أو بالتبر دونه بان فرض أن المضروب لا يتعامل به ويتعامل بالتبر كما في غالب بلاد السودان على ما قيل وقد نقل الشيخ أحمد زروق في شرح الرسالة عن التنبيهات أنه لا يجوز القراض به حينئذ ولعله فهمه من كلامه ، فاني لم أر من صرح به لا في التنبيهات ولا في غيرها على ان القاضي قال ولا خلاف أنه جائز بالدنانير والدراهم غير جائز بالعروض ما كانت .

الثالث : في التنبيهات اختلف في الشروط التي يصح القراض بها فعندنا شروطه عشرة

نقد رأس المال للعامل ، وكونه معلوماً ، وكونه غير مضمون عليه ، وكونه بما يتابع أهل البلد من العين مسكوكاً كان أو غير مسكوك ، ومعرفة الجزء الذي تقارضا عليه من ربحه ، وكونه مشاعاً لا مقدر بعدد ولا تقدير ، وأن لا يختص أحدهما بشيء معين سواه إلا ما يضطر اليه العامل من نفقة ومؤنة في السفر واختصاص العامل بالعمل ، وأن لا يضيق عليه بتحجير أو بتخصيص يضر بالعامل ، وأن لا يضرب له أجل ا هـ . قوله وكونه مما يتابع به الخ ربما يفهم منه ما قاله الشيخ زروق . أبو الحسن قوله لا تقدير فسره ابن شاس بانه مثل ما قارض به فلان ، ثم قال القاضي فإن توفرت هذه الشروط جاز القراض وإن اختل شرط منها فسد ، ا هـ .

الرابع : أول قراض كان في الإسلام قراض يعقوب مولى الحرقة مع عثمان «رض» وذلك أن عمر «رض» بعث من يقيم من السوق من ليس بفقيه فأقيم يعقوب فيمن أقيم ، فجاء إلى عثمان « رض » فأخبره فأعطاه مزود تبر قراضاً على النصف وقال له إن جاءك من يعرض لك فقل له المال لعثمان فقال ذلك فلم يقم، فجاء بمزودين مزود رأس المال ومزود ربح ، ويقال أول قراض كان في الإسلام قراض عبدالله وعبيد الله ابني عمر بن الخطاب «رض» خرجا في جيش إلى العراق فلما قفلا مرا على أبي موسى الأشعري «رض» وهو أمير البصرة فرحب بهما وسهل ، ثم قال لو أقدر لكما على أمر أنفعكما لفعلت ، ثم قال ههنا مال من مال الله أريد أن أبعث به إلى أمير المؤمنين فأسلفكماه فتبتاعان به متاعاً من متاع العراق ثم تبيعانه بالمدينة فتؤديان رأس المال إلى أمير المؤمنين ، ويكون ربح المال لكما فقالا وددنا ، ففعل ، وكتب إلى عمر « رض » أن يأخذ منهما المال فلما قدما المدينة باعا فربحا ودفعا رأس المال لعمر ، قال أكل الجيش أسلفه مثل الذي اسلفكما فقالا لا فقال عمر ابنا أمير المؤمنين أسلفكما أديا ربح المال فسكت عبدالله وقال عبيد الله ما ينبغي لك هذا يا أمير المؤمنين ، لو هلك المال أو نقص لضمناه ، فقال أدياه فسكت عبد الله أيضاً وراجعه عبيد الله فقال رجل يا أمير المؤمنين لو جعلته قراضاً ، فقال عمر قد جعلته قراضاً فأخذ نصف الربح وترك لهما نصفه .

فان قيل أبو موسى حاكم عدل وقد تصرف بمصلحة، لأن المال صار مضموناً في ذمتهما فإسلافه أولى من بعثة أمانة لا تضمن مضافاً إلى إكرام من ينبغي إكرامه، فهو تصرف جامع للمصالح فيتعين تنفيذه، فجوابه أن عدم الاعتراض إنما هو بين النظراء من الأمراء أما الخليفة فله النظر في أمر نوابه وإن كان سداداً أو إن في هـذا التصرف تهمة تتعلق بعمر رضي الله تعالى عنه بسبب أنـه إكرام لا بنيه، فأراد إبطالها او الذب عن عرضه بحسب الإمكان.

وفي قوله لأن المال صار مضموناً الخ نظر لأن دفعه لهذا القصد يصير سفتجة، ومشهور مذهب الإمام مالك «رض» منعها، ولذا قال الباجي لم يرد أبو موسى «رض» إحراز المال في ذمتهما، وإنما أراد نفعهما بالسلف وإن اقتضى ضمانهما المال، وإنما يجوز السلف لمجرد دفع المتسلف سواء كان المسلف صاحب المال أو غيره ممن له النظر عليه من إمام أو قاض أو وصي أو أب، فلا يجوز للامام أن يسلف شيئاً من مال المسلمين ليحرزه في ذمـة المتسلف وكذلك القاضي والوصي.

ثم قال وفعل أبي موسى هذا يحتمل وجهين أحدهما أن يكون لمجرد نفـع عبدالله وعبيد الله وجاز له، لأن المال كان بيده بمنزلة الوديعة لجماعـة المسلمين فاستلفه لنفسه باسلافهما إياه، فـلو تلف ولم يكن عندهما لضمنه أبو موسى، وثانيهما أن لأبي موسى النظر في المال بالتثمير والاصلاح، وإذا أسلفه فللامام تعقبه فتعقبه عمر «رض» ورده إلى القراض وقول عمر «رض» أكل الجيش، تعقب منـه لفعل أبي موسى، ونظر في تصحيح افعاله وتبيين لموضع المحظور منه وموضع المحاباة من كونهما ابني أمير المؤمنين، وهذا مما كان عمر «رض» يتورع عنه ان يخص أحداً من أهل بيته أو بمن ينتمي اليـه بشيء من مال المسلمين وقوله أديا المال وربحه بعـد احتجاج عبيد الله إعراض عنه، لأن المبضع معـه يضمن البضاعة إذا اشترى بها لنفسه، وان دخلها نقص جبره وربحهـا لرب المال.

فان قيل كيف جعله قراضاً وقد دخلا على القرض وغـاية الأمر كان لعمر «رض» إما

إجازة فعل أبي موسى وترك جميع الربح لهما ، أورده وأخذ جميع الربح ، فجوابه مافي سراج الملوك للطرطوشي وهو أن عمر « رض » جعل لانتفاعهما بمال المسلمين نصف الربح للمسلمين كأن المسلمين ساعدوهما في العمل ، وهو مستنده في تشطير عماله في أموالهم فهو كالقراض .

ويصح القراض بالنقد المضروب المسلم بجزء من ربحه (إن علم) بضم فكسر(قدرهما) أي المال المقارض به وجزء ربحه ، أما المال فلا بد من علم عدده وجنسه وصفته ، وأما الثاني فلا بد من علم نسبته لجملة الربح كثلثه أو نصفه . ابن عرفة وشرط المال كونه عيناً معلوماً محوزاً أو اصلها كالنقرة حيث التعامل بهذا اللخمي جائز اتفاقاً وإلا فطرق ، وشرط ابن شاس كون المال معلوماً احترازاً من دفع صرة عيناً قراضاً ، لأن جهل المال يؤدي إلى جهل ربحه واضح من مقتضى الروايات، ويجب أن يكون حظ العامل جزءاً من الربح معلوم النسبة منه ان كان النقد غير مغشوش ، بل (ولو) كان النقد المضروب (مغشوشاً) بدنيء عنه .

«ق» الباجي المغشوش من الذهب والفضة حكى عبد الوهاب لا يجوز القراض به مضروباً كان أو غير مضروب ، وبه قال الإمام الشافعي «رض» .

وقال الإمام أبو حنيفة رضي الله تعالى عنه إن كان النصف فأقل جاز ، وإن كان أكثر من النصف فلا يجوز ،وهذا إذا لم تكن السكة التي يتعامل بها ، فإن كانت التي يتعامل بها فيجوز القراض بها لأنها صارت أصول الأثمان وقيم المتلفات ، وقد جوزوا القراض بالفلوس ، فكيف بهذه ، ولا خلاف عندنا في تعلق وجوب الزكاة بها ولو كانت عروضاً لم تتعلق الزكاة بأعيانها ، ولا يعترض بجواز قطعها فيستحيل سوقها لجريانه في الخالصة .

ابن الحاجب ويجوز بالمغشوش على الأصح ، وظاهره مطلقاً كالمصنف ، ومقابله لا يجوز مطلقاً ، وكذا في التوضيح ، وقبله ، وعزى مقابل الأصح لعبد الوهاب ، وأن الباجي قيده بعدم التعامل به هذا كلامه في التوضيح ، والمنقول في المذهب في هذا الفرع

أن القاضي أطلق المنع . والباجي قيده ولم يذكروا قولاً بجوازه بالمغشوش مطلقاً . ابن عرفة ومنعه القاضي بالعين مغشوشة . الباجي إلا حيث يتعامل بها لتقويم المتلف بها كالخالصة والإتفاق على تعلق الزكاة بها . وقول ابن الحاجب تجوز بالمغشوشة على الأصح وقبوله ابن عبد السلام باطلاق يرد باتفاق القاضي والباجي على منعه حيث لا يتعامل به. ابن شاس والضابط أن كل ما تختلف قيمته بالإرتفاع والانخفاض لا يجوز أن يجعل رأس مال ، لأنه إما أن ترتفع قيمته فيجبر بجميع الربح أو بعضه أو تنقص قيمته فيصير بعضه ربحاً ، والله أعلم .

(لا) يصح القراض (بدين عليه) أي العامل فلا الدين أن يقول لمدينه اعمل فيه قراضاً بنصف ربحه مثلاً ، لأنه سلف بزيادة . ومفهوم عليه أنه إن كان على غيره.ففيه تفصيل يأتي .

(و) إن قال له ذلك (استمر) الدين على حاله في الضمان واختصاص المدين بربحه ان كان وعليه خسره ، وهذا محترز مسلم (ما لم يقبض) بضم المثناة تحت وفتح الموحدة الدين من المدين ، فان قبضه ربه منه ثم دفعه له قراضاً صح لانتفاء تهمة تأخيره بزيادة ، وتحقق شرط تسليمه بقبضه ودفعه . فيها للامام مالك رضي الله تعالى عنه وان كان لك عند رجل دين فقلت له اعمل به قراضاً فلا يجوز وان نزل ذلك فالربح للعامل ، وعليه الوضيعة . وكذلك لو أحضره فقال له خذه قراضاً فلا يجوز أن يقبضه منه ثم يعيده اليه . ابن القاسم خوف أن يكون انما قصد أن يؤخره بالدين ويزيده والوديعة مثله لأني أخاف أن يكون أنفق الوديعة فصارت ديناً عليه ، ولا يجوز أن يقارضه بدين على غيره يقتضيه ثم يعمل فيه . اللخمي إن كان على حاضر موسر غير ملد جاز .

(أو) ما لم (يحضره) أي المدين الدين لربه (ويشهد) بضم فسكون فكسر المدين على إحضار الدين وبراءة ذمته منه فيصح قراضه به بعد إحضاره والإشهاد ، فإن أحضره بلا إشهاد فلا يصح على مذهبها كما تقدم وهو المشهور . اللخمي القراض بالدين إن كان على العامل لا يجوز ابتداء ، فإن نزل ذلك وأحضر العامل المال وأشهد على وزنه وزال عن

ولاَ بِرَهْنٍ ، أو وَدِيعَةٍ ، ولَو بِيَدِهِ ، ولاَ بِتِبْرٍ لَمْ يُتَعامَلْ بِهِ بِبَلَدِهِ : كفُلُوسٍ ،

ضمانه ثم عمل فيه كان الربح بينهما على ما دخلا عليه ، والخسارة من رب المال . الحط قوله ما لم يقبض نحوه ، فيها ومقتضاه أنه بمجرد قبضه يصح القراض به وإن أعاده له بالقرب وهو كذلك في التوضيح وأبي الحسن .

(ولا) يصح القراض (برهن) بيد العامل في دين له على رب المال ولا بيد أمين . « ق » ابن المواز من أعرته دنانير فلا تدفعها إليه قراضاً حتى تقبضها ولو كان عرضاً فلا يجوز ،ومن لك عنده دنانير رهنا فقارضته بها فلا يجوز حتى يردها ، وإن كانت بيد أمين فلا ينبغي أن تعطيها للامين قراضاً حتى تؤدي الحق إلى ربه .

(أو) أي ولا يصح القراض (بوديعة) سواء كانت بيد المودع بالفتح أو بيد غيره بأن كان أودعها عند غيره لضرورة حدثت أو لسفره إن كان الرهن أو الوديعة بيد غير المرتهن والمودع بالفتح ، بل (وإن) كانت (بيده) أي المرتهن والمودع بالفتح . « غ » ظاهره انطباقه عليهما معاً ، وإنما صرحوا به في الرهن فيما رأينا ولو سلم فإنما ينبغي أن يجعل غاية ما بيد أمينه لا ما بيده فيهما معاً . وفي بعض الشراح معناه ولو كان قائماً بيده لم يفت ، وفيه بعد ا هـ . البناني لأن ما بيده يشبه الدين وما بيد غيره يشبه ما إذا قال اقبض الدين الذي على فلان واعمل به ، ولا شك أن الأول أشد في المنع ، فمحل المبالغة هو الثاني كما قال « غ » .

(ولا) يصح القراض (بتبر) بكسر الفوقية وسكون الموحدة آخره راء ، أي ذهب غير مضروب (لم يتعامل) بضم التحتية وفتح الفوقية ، أي لم يبع ويشتر (به) أي التبر (ببلده) أي القراض ، هذا هو الذي رجع إليه الإمام مالك رضي الله تعالى عنه وهو المشهور ، فإن تعومل به فيه جاز القراض به اتفاقاً ، ولا يشترط التعامل في جميع البلاد ، بل في بلد العقد فقط ، وهذا مقابل مضروب ،وشبه في المنع فقال: (كفلوس) من نحاس فلا يصح القراض بها .

فيها لابن القاسم رحمه الله تعالى لا يجوز القراض بالفلوس ، لأنها تحـــول إلى الفساد والكساد . ابن حبيب فإن نزل مضى ورد فلوساً مثلها . الحط يريد ولو كان التعامل بها كما يفهم من كلامها أول كتـــاب القراض . وفي الشامل ولا يجوز بالفلوس على الأصح ، وثالثها إن كثرت ، ورابعها الكراهة ، وعلى المنع له أجره في بيعها وقراض مثله فيما نص ويرد فلوساً اهـ ،وفيه سقط ، وصوابه وقيل يمضي ويرد فلوساً . الباجي إذا قلنا بالمنـــع فقال محمد القراض بالنقار أخف ، والفلوس كالعروض ، وهذا يقتضي الفساد ،وله في بيع الفلوس أجرة مثله ، وفيما نض من ثمنها إقراض مثله . وقال أصبغ هي كالنقـــار ، وقال ابن حبيب مثله ويرد فلوساً إلا أن يشترطوا عليه صرفها ثم العمل بها فالحكم فيها كما فهمه الباجي من قول محمدوالله أعلم .

(و) لا يصح القراض بـ (عرض) بفتح العين المهملة وسكون الراء فضاد معجمة (إن تولى) العامل (بيعه) أي العرض ، فإن تولى بيعه غير العامل فيجوز بأن دفع له عرضاً يدفعه لفلان يبيعه ويقبض ثمنه ، ويدفعه له ليعمل به قراضاً بينه وبين دافع العرض . الحط يعني أنه لا يجوز أن يكون العرض رأس مال القراض على أنه رأس المال ، ويرد مثله عند المفاصلة لاحتمال أن يغلي غلواً يستغرق رأس المال والربح ، فيؤدي إلى حرمان العامل من الربح ، أو يرخص فيأخذ العامل بعض رأس المال ، ولا على أن رأس المـــال قيمته الآن أو عند المفاصلة ، وكأنه والله تعالى أعلم للغرر ، ولا أن يبيعه ، ويكون ثمنه رأس المال فيها ويفسخ وإن بيع ما لم يعمل بالثمن .

وقيد اللخمي المنع بما في بيعه كلفة وأجرة لها خطب وإن كانت الأجرة لا خطب لها ، أو كان يعلم أنه يتكلف ذلك ولو لم يعطه إياه قراضاً ، أو يقول كلف من يبيـــع ويأتيك بالثمن ، ولم يعتمد المصنف تقييد اللخمي وجعله خلافاً . المازري لو قال خـــذ هذا العرض وامض به إلى البلد الفلاني وادفعه إلى فلان يبيعه ويقبض ثمنه ، فاذا قبضه فخذه منه واعمل به قراضاً بيني وبينك جاز بلا خلاف ، ولا يدخله الخلاف في القراض

أَنْ تَوَلَّى بَيْعَهُ ؛ كَأَنْ وَكَّلَهُ عَلَى دَيْنٍ ، أَوْ لِيَصْرِفَ ، ثُمَّ يَعْمَــلَ ، فَأَجْرُ مِثْلِهِ فِي تَوَلِّيهِ ، ثُمَّ قِرَاضُ مِثْلِهِ فِي رِبْحِهِ ؛ كَلَكَ شِرْكٌ ،

بالعرض ، لأن المدفوع له العروض لا يتولى بيعها بنفسه اهـ من التوضيح ، واعتمــده المصنف هنا لقول المازري بلا خلاف ، فقال إن تولى بيعه والله أعلم ، وفيها لابن القاسم رحمه الله تعالى لا خير في القراض بطعام أو عرض كان مما يكال أو يوزن أو لا ولا للغرر بتغير السوق عند المفاصلة ويفسخ ، وإن بيع ما لم يعمل بثمنه ، فان عمل به فله أجر مثله في بيعه وقراض مثله في ثمنه ، ولا ينظر إلى ما شرط له من الربح .

وشبه في المنع فقال (كأن) بفتح الهمز وسكون النون حرف مصدري صلتــه (وكله) أي رب المال العامل (على) قبض (دين) ممن هو عليه ثم يعمل به قراضاً فلا يجوز ، ظاهره ولو كان على حاضر مليء غير ملد وأجازه اللخمي حينئذ (أو) دفع له نقداً (ليصرفه) ه العامل من غيره بنقد آخر (ثم يعمل) العامل بما يقبضه قراضاً فــلا يجوز ، فان عمل بما قبضه من ثمن العرض أو من الدين أو الصرف (ف) له (أجر مثله) أي العامل (في توليه) أي العامل بيع العرض أو قبض الدين أو الصرف في ذمة رب المال ولو تلف أو خسر (ثم) له أيضاً (قراض مثله في ربحه) أي المال ، فان تلف أو لم يربح فلا شيء له في ذمة رب المال .

« ق » فيها وإن دفعت إليه دنانير ليصرفها ثم يعمل بها أو على أن يقتضي من غريمك ديناً ثم يعمل به فله أجر الصرف أو التقاضي وقراض مثله إن عمل . ابن حبيب سواءقال له خذ هذا العرض قراضاً أو بعه واعمل به قراضاً وله أجره في البيع والتقاضي وقراض مثله في الثمن . وقال عبد العزيز لا تدفع إليه سلعتك وتقول قامت علي بكذا ، فــما كان من ربح بعد ذلك فبيني وبينك ، وهذا له أجر مثله فيما عمل ، والربــح والوضيعة لك وعليك .

وشبه في أن العامل قراض مثله فقال : (ك) قراض قال رب المال للعامل فيه (لك شرك) بكسر الشين المعجمة وسكون الراء ، أي جزء من ربحه (و) الحال (لا عادة)

ولاَ عادَةَ ، أو مُبْهَمٍ ، أو أُجِّلَ ، أو ضُمِّنَ ، أوِ اْشتَرِ سِلْعَةَ فُلاَنٍ ،
ثُمَّ اْتجِرْ فِي ثَمَنِهَا ،

لأهل بلدهما في قدر ما يأخذه العامل من الربح ، فان اعتادوا أخذه الثلث والنصف مثلا صح وعمل بها (أو) القراض بجزء (مبهم) بضم الميم وسكون الموحدة وفتح الهاء كاعمل ولك جزء من ربحه ولا عادة ، فان عمل فله قراض مثله في ربحه فيها . « ق » فيها لابن القاسم رحمه الله تعالى ومن دفع إلى رجل مالاً قراضاً ولم يسم ماله من الربح وتصادقا على ذلك فله قراض المثل إن عمل ، وكذلك إن قال لك شرك في المال ولم يسمه كان على قراض مثله إن عمل . ابن شاس إن كان لهم عادة أن يكون على النصف أو على الثلث فهم على ما اعتادوا .

(أو) قراض (أجل) بضم الهمز وكسر الجيم مثقلا ، أي جعل لعمله أجل محدود إما ابتداء كدفع المال في أول المحرم على أن لا يعمل به حتى يستهل رجب ، أو انتهاء كاعمل فيه إلى رجب ، فان عمل فله قراض مثله .

« ق » فيها للامام مالك رضي الله تعالى عنه ان أخذ قراضاً الى أجل رد الى قراض مثله . الأبهري لأن حكم القراض أن يكون الى غير أجل لأنه ليس بعقد لازم ، ولكل واحد منهما تركه متى شاء ، فاذا شرط الأجل فكأنه قد منع نفسه من تركه ، وذلك غير جائز فوجب رده لقراض مثله لقاعدة رد كل فاسد له أصل الى حكم صحيح أصله . قلت ولأنه زيادة غرر لعدم انضباط وقت ارتفاع السوق .

(أو) قراض (ضمن) بضم الضاد المعجمة وكسر الميم مشددة ، أي شرط على عامله ضمان رأس ماله فلا يجوز ، وان عمل فله قراض مثله . اللخمي اذا شرط على العامل ضمان القراض ان هلك أو انه لا يصدق في دعوى هلاكه أو ضياعه . كان الشرط باطلا ولا ضمان عليه ان قال هلك أو خسر . قال ابن القاسم وفيه قراض مثله .

(أو) قراض قال فيه رب المال للعامل (اشتر) برأس المال (سلعة فلان) ثم بعها (ثم اتجر في ثمنها) بفتح المثلثة والميم الذي تبيعها به فلا يجوز ، وان عمل فله قراض

أَو بِدَيْنٍ ، أو ما يَقِلُّ وُجودُهُ : كَاخْتِلاَفِهِما في الرِّبحِ ،
وَادَّعيا ما لاَ يُشْبِهُ

مثله في ربحه وأجرة مثله في تولي الشراء والبيع في ذمة ربه . « ق » فيها ان دفعت اليه مالاً قراضاً على النصف على أن يشتري به عبد فلان ثم يشتري بعد بيعه ما شاء فهو أجير في شرائه وبيعه ، وفيما بعد ذلك له قراض مثله .

(أو) قراض قال فيه رب المال للعامل لا تشتر الا (بدين) في ذمتك ثم تدفع رأس المال أو لا تبع الا بدين فلا يجوز وفيه قراض المثل ان عمل . « ق » فيها لابن القاسم رحمه الله تعالى ان دفعت الى رجل قراضاً على أن لا يبيع الا بالنسيئة فباع بالنقد فلا يجوز . ابن المواز فإن نزل كان أجيراً . ابن يونس لم يجب ابن القاسم ماذا يكون عليه إن نزل ، ومن مذهبه في التحجير أن يرد إلى إجارة المثل ، ولم يعن خليل هذا بقوله أو بدين لقوله بعد وفيما فسد غيره أجر مثله .

(أو) قراض شرط رب المال على العامل فيه أن يتجر ف (ما) أي نوع من السلع (يقل) بفتح التحتية وكسر القاف وشد اللام وجوده فلا يجوز وإن نزل فسخ ، وإن عمل فله قراض مثله في ربحه ، ونصها قال الإمام مالك رضي الله تعالى عنه لا ينبغي أن يقارض رجلاً على أن لا يشتري إلا البز إلا أن يكون موجوداً في الشتاء والصيف فيجوز ، ثم لا يعدوه إلى غيره . الباجي فإن كان يتعذر وجوده لقلته فلا يجوز ، وإن نزل فسخ ثم قال فيها فإن اشترى غير ما أمره به فقد تعدى ، فإن ربح فله فيما ربح قراض مثله ، وإن خسر ضمن ولا أجر له في الوضيعة ولا أعطيه إن ربح إجارته ، إذ لعلها تفترق الربح وتزيد فيصل بتعديه إلى ما يريد .

وشبه في الرد إلى قراض المثل فقال (كاختلافهما) أي العامل ورب المال بعد العمل في القراض الصحيح (في قدر) جزء (الربح) المشروط للعامل (وادعيا) أي رب المال والعامل (ما) أي قدرا (لا يشبه) بضم فسكون القدر المعتاد بين أهل بلدهما بأن ادعى رب المال أقل منه جداً والعامل أكثر منه جداً فيردان إلى قراض مثلهما ، فإن ادعى

أحدهما ما يشبه فالقول له . « ق » فيها للامام مالك رضي الله تعالى عنه إذا اختلف المتقارضان في أجزاء الربح قبل العمل فقال رب المال دفعته على أن الثلث للعامل ، وقال العامل بل على أن الثلثين لي رد المال إلا أن يرضى العامل بقول رب المال . وإن اختلفا بعد العمل فالقول قول العامل إذا جاء بما يشبه وإلا رد إلى قراض مثله ، وكذا المساقاة ، ونظم بعضهم هذه النظائر فقال :

لكل قراض فاسد جعل مثله ... سوى تسعة قد فصلت ببيان
قراض بدين أو بعرض ومبهم ... وبالشرك والتأجيل أو بضمان
ولا يشترى إلا بدين فيشتري ... بنقد وأن يبتاع عبد فلان
وتتجر في أثمانه بعد بيعه ... فهذي إن عدت تمام ثمان
ولا تشر إلا ما يقل وجوده ... فيشرى سواه اسمع لحسن بيان
كذا ذكر القاضي عياض فإنه ... خبير بما يروي فصيح لسان

(وفي) كل (ما) أي قراض (فسد) حال كونه (غيره) أي المذكور (أجرة مثله) أي العامل حال كونها (في الذمة) لرب المال ولو تلف أو خسر ، بخلاف المسائل السابقة التي فيها قراض المثل ، فانه في الربح ، فان لم يكن فلا شيء على ربه . ويفرق بينهما أيضاً بأن ما فيه قراض المثل إذا عثر عليه في أثناء العمل لا يفسخ ، بخلاف ما فيه أجرة المثل فيفسخ وله أجرة مثله ، وبأن العامل أحق من الغرماء فيما فيه قراض المثل وأسوتهم فيما فيه أجرة المثل ، إلا ما اشترط على العامل عمل يده كالخياطة فهو أحق منهم ، لأنه صانع ، وهل تقديمه بمقابل صنعته فقط أو به وبمقابل عمل القراض . قولان . في شرح أبي الحسن على المدونة .

ومثل لما فيه أجرة المثل بقوله (ك) قراض مشتمل على (اشتراط) رب المال على العامل أو العامل على رب المال عمل (يده) أي رب المال مع العامل في مال القراض بالشراء والبيع ونحوهما فلا يجوز ، وفيه أجرة المثل . « ق » فيها للامام مالك رضي الله

أو مُراجَعتِهِ أو أميناً عَليهِ ، بخِلافِ غُلامٍ غَيرِ عَينٍ بِنَصيبٍ لَهُ ،

تعالى عنه من أخذ قراضاً على أن يعمل معه رب المال في المال فلا يجوز ، فان نزل كان العامل أجيراً ، وإن عمل رب المال فيه بغير شرط كرهته إلا العمل اليسير . ابن حبيب وكذلك إن أسلف أحدهما صاحبه او وهبه أو فعل العامل بصاحبه شيئاً من الرفق مما لا يجوز له ابتداء شرطه فذلك كله لا يفسد القراض ولا يغير الربح ، غير أن الصانع إن عمل بيده بغير الشرط فله أجر عمله ، ومن الاستغناء إن أعطى صانعاً بيده مالاً ليشتري جلوداً ويعملها وما رزق الله تعالى فبينهما فلا يجوز .

ابن أيوب إن وقع من غير شرط جاز . محمد ولا أجرة له . ابن ميسر له أجرة عمله وهو على قراضه الذي كان عليه ، وقاله ابن حبيب . وفي مختصر الوقار يجوز أن يعطيه مالاً يصنعه حلياً ويبيعه ، والفضل بينهما إذا أخذ الصانع أجر صياغته .

(أو) قراض بشرط (مراجعته) أي مشاورة العامل رب المال في الشراء والبيع (أو) قراض اشترط رب المال فيه على العامل شخصاً (أميناً) من جهة رب المال (عليه) أي المال فلا يجوز ، وفيه أجرة المثل فيهما . « ق » فيها للامام مالك رضي الله تعالى عنه لا يجوز أن تقارض رجلاً على أن يشتري هو وتنقد أنت وتقبض ثمن ما باع أو تجعل معه غيرك لمثل ذلك أميناً عليه ، وإنما القراض أن تسلم إليه المال . ابن حبيب فان نزل ذلك كان أجيراً .

(بخلاف) شرط عمل (غلام) بضم الغين المعجمة أي عبداً وولداً لرب المال مع العامل في مال القراض (غير عين) بفتح العين أي جاسوس على العامل ، بل لمجرد مساعدته على العمل فيجوز (بنصيب) من الربح (له) أي الغلام . « ق » روى عيسى عن ابن القاسم إذا دفع إلى رجل وإلى عبده مالاً قراضا ليكون عينا عليه ، أو ليعلمه فلا خير فيه ، وإن كانا آمنين بأجرين فلا بأس به . ابن يونس صواب . وليس بخلاف للأول ، وفيها للإمام مالك رضي الله تعالى عنه يجوز أن يشترط على رب المال أن يعينه بعبده أو بدابته في المال خاصة لا في غيره . ابن يونس لأن المنفعة لهما جميعا ، فليست بزيادة انفرد بها . ابن

الموّاز اختلف قول الإمام مالك رضي الله تعالى عنه في اشتراط عون غلام رب المال وإجارة البيت ، ومنعه عبد العزيز ، ولا بأس به عندي . ومفهوم بنصيب أنه يجوز بلا نصيب بالأولى . ومفهوم له أنه ان كان بنصيب لرب المال فلا يجوز .

(وكأن) بفتح الهمز وسكون النون حرف مصدري مقرون بكاف التمثيل يشترط رب المال على العامل أن (يخيط) الثياب (أو يخرز) الجلود التي يشتريها بمال القراض للتجارة فيها ثم يبيعها والربح بينهما فلا يجوز ، وفيه أجرة المثل . فيها لابن القاسم رحمه الله تعالى لا يجوز اشتراط عمل يد العامل لخفاف أو صياغة ، فان نزل كان اجيراً والربح لرب المال والوضيعة عليه (أو) قراض شرط فيه رب المال على العامل أن (يشارك) العامل بمال القراض ذا مال .

الباجي منع ابن القاسم في المدونة أن يشترط في حال العقد ان يشاركه العامل بمال من عنده ، واجازه في الواضحة . اللخمي لا بأس ان يخلط العامل مال القراض بماله أو بمال قراض في يديه إذا لم يكن ذلك بشرط ، فإن كان بشرط ففيها لا خير فيه . وفي كتاب محمد لا بأس به . اللخمي وأن يجوز أحسن ، وعلى المنع إن نزل وفات بالعمل فقيل قراض مثله ، وقيل أجرة مثله . ابن حبيب لا يصلح أن يقارض ويشترط عليه أن يبضع المال ويقارض أو يشارك به أحداً أو يجلس به في حانوت وشبه ذلك ، فإن قال إن شئت وإن شئت فدع فهو إذن ، ولا بأس بالإذن في العقد ما لم يكن شرطاً .

(أو) قراض شرط فيه رب المال على العامل أن (يخلط) العامل مال القراض بماله أو بمال قراض آخر بيده ثم يعمل فيهما ، فلا يجوز ، وإن نزل ففيه أجرة المثل . « ق » فيها لمالك رضي الله تعالى عنه ولو أخذ من رجل قراضاً فله أن يأخذ قراضاً من رجل آخر إن لم يكن الثاني يشغله عن الأول ، فإن كان يشغله عنه فلا يأخذ حينئذ من غيره شيئاً . ابن القاسم فإن أخذ وهو يحمل العمل بهما فله أن يخلطهما ولا يضمن ، ولا يجوز أن يكون ذلك بشرط من الأول أو الثاني ، وفيها من دفعت إليه مائتين قراضاً على أن يعمل

بكل مائة على حدة وربح مائة لأحد كما وربح الأخرى بينكما ، أو ربح مائة بعينها لك وربح الأخرى للعامل فلا يجوز ، ويكون العامل أجيراً في المالين ، وكذلك على مائة على النصف ومائة على الثلث ، ويعمل بكل مائة على حدة فلا خير فيه إذا كان لا يخلطهما ، وكذلك في مساقاة الحائطين حتى يكونا على جزء واحد .

(أو) قراض اشترط فيه رب المال على العامل أن (يبضع) بضم التحتية وسكون الموحدة وكسر الضاد المعجمة أي يرسل مال القراض مع رجل مسافر ليشتري له به بضاعة من بلد كذا . فيها إن أبضع العامل ضمن ولو أذن له رب المال فلا بأس به إن لم يأخذ المال على ذلك .

(أو) قراض اشترط فيه رب المال على العامل أن (يزرع) العامل بمال القراض فلا يجوز ، وإن نزل ففيه أجرة المثل ، وإن لم يشترط عليه فيجوز له أن ينفق مال القراض في الزراعة إن كان بموضع أمن وعدل . « ق » فيها للإمام مالك رضي الله تعالى عنه لا يجوز لرب المال أن يشترط على العامل أن يجلس بالمال ههنا في حانوت من البزازين أو السقاطين يعمل فيه ، ولا يعمل في غيره ، أو على أن يجلس في القيسارية أو على أن لا يشتري إلا من فلان ، أو على أن لا يتجر إلا في ساعة كذا وليس وجودها بمأمون ، أو على أن يزرع فلا ينبغي ذلك كله ، فإن نزل شيء من ذلك كان العامل أجيراً ، وما كان من زرع أو فضل أو خسارة فلرب المال ، وعليه ولو علم رب المال أنه يجلس في حانوت فهو جائز ما لم يشترطه عليه . ولو زرع العامل من غير شرط في أرض اشتراها من مال القراض أو اكتراها جاز إن كان بموضع أمن وعدل فلا يضمن . وأما إن خاطر به في موضع ظلم وغرر يرى أنه خطر فإنه ضامن ، ولو أخذ العامل نخلا مساقاة أنفق عليها من مال القراض كان كالزرع ولم يكن متعدياً اهـ .

وحمل أبو الحسن لا ينبغى على المنع فالمضر الشرط فقط ، وقال قوله في حانوت هذا اذا كان الحانوت صغيراً جداً ، وأما اذا كان متسعاً فليس بتحجير . اللخمي وكذا إن

اشترط قيسارية بعينها إلا أن تكون كبيرة لا يتعذر جلوسه فيها . ابن عبد السلام اشتراط الزراعة بمال القراض منعه في المدونة ، وينبغي أن يقيد ذلك بما اذا كان الزرع تعسر محاولته في تلك الجهة ، بخلاف ما إذا كانت سهلة ، كما اذا شرط عليه التجر في نوع من السلع ا هـ . طفي وهو ظاهر كقولها لا ينبغي أن تقارض رجلاً على أن لا يشتري الا البز الا أن يكون موجوداً في الشتاء والصيف فيجوز ، ثم لا يعدوه الى غيره . وقولها وإن قارضه على أن لا يتجر الا في سلعة كذا وليس وجودها بمأمون فلا ينبغي ا هـ .

(أو) قراض شرط فيه رب المال على العامل أن لا (يشتري) بمال القراض سلعاً حتى يبلغ (الى بلد كذا) فلا يجوز ، وان نزل ففيه أجرة المثل. فيها للامام مالك «رض» من أخذ قراضاً على أن يخرج به لبلد كذا فيشتري منه متاعاً فلا خير فيه يعطيه المال ، ويقوده كما يقود البعير . ابن القاسم كره الإمام مالك «رض» من ذلك أن يحجر عليه أن لا يشتري الى أن يبلغ ذلك الموضع .

(أو) أخذ شخص مالاً قراضاً (بعد اشترائه) أي آخذ المال سلعة للتجارة ليدفعه في ثمنها الذي لزمه بشرائها ، ويكون الربح بينه وبين رب المال مناصفة مثلا فـ (ان أخبره) أي آخذ المال ربه بالسلعة وبائعها بأن قال اشتريت سلعة كذا من فلان أعطني ثمنها أدفعه له والربح بيننا مناصفة فدفعه له (فـ) هو (قرض) فاسد لجر النفع لمقرضه فيجب رده فوراً ، وما يحصل فيه من ربح أو وضيعة فله وعليه ، ومفهوم الشرط أنه إن لم يخبر رب المال بشرائه ولم يسم السلعة ولا بائعها جاز ، وقاله ابن المواز ، فيها للامام مالك «رض» من اشترى سلعة وعجز عن بعض ثمنها فأتى الى رجل فأخذ منه قراضاً وهو يريد أن يدفعه في بقية ثمنها ويكون قراضاً فلا أحبه ، وأخاف أن يكون قد استغلى ، ولو صح ذلك لجاز ، وفيها له أيضاً لو ابتاع سلعة ثم سأل رجلا أن يدفع اليه مالاً ينقده فيه ويكون قراضاً بينهما فلا خير فيه ، فان نزل لزمه رد المال لربه وما يكون فيها من ربح أو وضيعة فله وعليه .

أو عَيَّنَ شخصاً ، أو زَمَناً ، أو مَحَلاً : كأنْ أخذَ مالاً لِيَخْرُجَ بِهِ لِبَلَدٍ فَيَشْتَرِي ، وعَلَيْهِ : كالنَّشْرِ ، والطَّيِّ : الخفيفَيْنِ ، والأجرُ إنِ استأجرَ ،

(أو) قراض (عين) بفتحات مثقلا رب المال فيه للعامل (شخصاً) يشتري منه سلع التجارة ومنعه من شرائها من غيره فلا يجوز وإن نزل ففيه أجرة المثل (أو) عين له (زمناً) للبيع والشراء ومنعه منهما في غيره فلا يجوز وفيه أجر المثل (أو) عين له (محلا) يتجر فيه كالقيسارية فلا يجوز وفيه أجرة المثل . وشبه في المنع ولزوم أجر المثل بعد النزول فقال (كأن) بفتح الهمز وسكون النون حرف مصدرى صلته (أخذ) شخص من آخر (مالاً ليخرج) الآخذ بالمد (به) أي المال (الى بلد) معين (فيشتري) الآخذ بالمال سلعاً للقراض ، ويأتي بها الى بلد العقد ليبيعها فيه ويكون الربح بينهما فلا يجوز ، وان نزل ففيه أجرة المثل . فيها من أخذ مالاً قراضاً على أن يخرج الى بلد يشتري منه تجارة فلا خير فيه . قال مالك «رض» يعطيه ويقوده كما يقاد البعير . ابن القاسم انما كرهه لأنه قد حجر عليه أن لا يشتري الا أن يبلغ ذلك الموضع .

ابن المواز من قارضه على أن لا يخرج به من بلده فان كان ذلك البلد كبيراً فيجوز، ان كان غير متسع، بل هو صغير، فهذا التحجير وفيها وللعامل أن يتجر بالمال في الحضر والسفر الا أن يقول لهرب المـال حين دفعه بالفسطاط لا تخرج من أرض مصر أو من الفسطاط فلا ينبغي له أن يخرج اﻫ ، فالتحجير ليس على اطلاقه .

(وعليه) أي عامل القراض ما اعتيد (كالنشر) أي بسط السلعة لمن أراد نظرها ليشتريها ان أعجبته (والطي) للسلعة بعد نظرها ممن يريد شراءها (الخفيفين و) عليه (الأجر ان استأجر) العامل على ما يلزمه فعله بنفسه . ابن شاس الركن الثاني العمل وهو عوض جزء الربح المشروط للعامل . ابن الحاجب وعليه ما جرت العادة بـه من نشر وطي وفعل خفيف ، وإن استأجر عليه فالأجرة عليه . وفيها للعامل أن يؤجر أجيراً للأعمال التي لا بد من ذلك فيها ويكري البيوت والدور والدواب . ابن فتوح للعامل أن

وَجَازَ جُزْءٌ : قَلَّ أو كَثُرَ ، وَرِضَاهُمَا بَعْدُ عَلَى ذَلِكَ ،

يستأجر من المال إذا كان كثيراً لا يقوى عليه من يكفيه بعض مؤنته من الأعمال أعمال لا يعملها العامل وليس مثله يعملها .

(وجاز) أن يجعل للعامل جزء من ربح مال القراض (قل) بفتح القاف واللام عن جزء رب المال منه (أو كثر) بفتح فضم أي زاد عليه فلا يشترط مساواته له . فيها لابن القاسم رحمه الله تعالى تجوز المقارضة عند الإمام مالك «رض» على النصف والخمس وأكثر من ذلك (و) أقل وإن عقد رب المال والعامل والقراض على جزء معلوم النسبة من ربحه جاز (رضاهما) أي رب المال والعامل (بعد) بالضم عند حذف المضاف اليه ونية معناه ، أي بعد العقد أو العمل (على ذلك) أي ما قل عن المعقود عليه أو زاد عليه .

«ق» فيها لابن القاسم رحمه الله تعالى وإن أعطيته قراضاً على النصف ثم تراضيتما بعد أن عمل على أن تجعلاه على الثلثين له أو لك جاز وقال ابن حبيب إن كان المال حين تراضيا عيناً لا زيادة ولا نقص فيه حركه أو لم يحركه فلا بأس به وإن كان فيه زيادة أو نقص أو كان في سلع فلا يجوز . ابن يونس قول ابن القاسم أولى لأن المال إن كان عيناً فكأنهما ابتدآ الآن العقد ، لأن القراض لا يلزم بالعقد ولمن شاء حله ما لم يشغله في سلع أو يظعن به لتجارة ، وإن كان المال في سلع فهي هبة تطوع بها أحدهما لصاحبه وهبة المجهول جائزة .

الحط إن كانت الزيادة للعامل فهو أحق بها في الموت والفلس لقبضه إياها ، وإن كانت لرب المال فقيل تبطل لعدم حوزها . وخرج اللخمي قولاً بصحتها في التلقين مال المتأخرون إلى النفوذ قاله ابن عبد السلام والمصنف ، وناقض أبو الحسن هذه المسألة بما في القرض من امتناع مهاداة المتقارضين ، وأجاب عنه بأن الهدية هنا غير محققة لإمكان عدم الربح ، بخلاف الهدية فإنها منفعة محققة . البناني ما عللوا به المنع في باب القرض من اتهامه على قصد استدامة القراض موجود هنا، وعبارة الحط تنبيه . في المدونة هنا التراضي على جزء قل أو كثر . وقال في باب الآجال وإن قارضت رجلا أو أسلفته مالاً فلا تقبل

وزَكَاتُـهُ عَلىَ أَحَدِهِمَا وَهُوَ لِلْمُشْتَرِطِ ، وإنْ لَمْ تَجِبْ .

منه هدية . أبو الحسن الفرق بينهما أن الهدية محققة وهذه متوهمة ، أو أنه في كتاب الآجال لم يعمل وهنا عمل .

(و) جاز اشتراط (زكاته) أي الربح المعلوم من قوله وجاز جزء الخ (على أحدهما) أى رب المال والعامل وإن لم تشترط على أحدهما فعلى كل منهما زكاة ربحه إذا كان رأس المال وحصة ربه من ربحه نصاباً . ابن رشد لا يجوز اشتراط زكاة رأس المال على العامل ويجوز أن يشترطها العامل على رب المال لأنها واجبة عليه . واختلف إذا اشترط أحد المتقارضين زكاة ربح المال على صاحبه على أربعة أقوال ، أحدها أنه جائز لكل واحد منهما وهو قول ابن القاسم في المدونة ، وروايته عن مالك رضي الله تعالى عنهما لأنه يرجع إلى جزء مسمى ، فإن اشترطت الزكاة على العامل صار عمله على أربعة أعشار الربح وثلاثة أرباع عشرة ، وان اشترطت على رب المال صار عمله على نصف الربح كاملاً .

(وهو) أي جزء الزكاة المشترط على أحدهما (ل) رب المال أو العامل (المشترط) بكسر الراء الزكاة على صاحبه (إن لم تجب) الزكاة في الربح لكون رأس المال وحصة ربه من ربحه أقل من نصاب أو لتمام العمل ، ورد رأس المال لربه قبل تمام الحول ، أو لكون العامل رقيقاً مثلاً . ابن عرفة على جواز شرط زكاة الربح على أحدهما وتفاصلا قبل وجوبها ، ففي كون جزئها لمشترطها على غيرها وله أو بينهما أنصافاً . رابعها الربح بينهما على تسعة أجزاء خمسة لرب المال وأربعة للعامل انظره [1] .

---

(1) (قوله انظره) أي ابن عرفة ، ونصه وعلى الجواز لو تفاصلا قبل وجوبها ففي كون جزئها لمشترطها على غيره أو له أو بينهما ان انصافاً رابعها الربح بينهما على تسعة أجزاء خمسة لرب المال وأربعة للعامل . للصقلي عن رواية ابن وهب والمقدمات له عن سحنون وغيره قال وهو أعدل ، وقاله التونسي في شرط زكاة المساقاة ، وعزا الأخير لابن عبدوس، وعزو المقدمات للواضحة أنه لمشترطه قائلا إن شرط على العامل أخذ أربعة أعشار الربح وثلاثة أرباع عشره خلاف نقل الصقلي في الزكاة قبل ذكره الأقوال ←

وَالرِّبْحُ لِأَحَدِهِمَا أَوْ لِغَيْرِهِمَا وَضَمِنَهُ فِي الرِّبْحِ لَهُ، إِنْ لَمْ يَنْفِهِ، وَلَمْ يُسَمِّ قِرَاضاً،

(و) جاز أن يجعل (الربح) كله (لأحدهما) أي رب المال والعامل (أو لغيرهما) فيها قلت فإن أعطيته مالاً قراضاً على أن ربحه للعامل وحده قال ذلك جائز . وقد قال الإمام مالك رضي الله تعالى عنه فيمن أعطى لرجل مالاً يعمل به على أن الربح للعامل ولا ضمان عليه أنه لا بأس به ، وكذلك إن أعطاه نخلاً مساقاة على أن جميع الثمرة للعامل فلا بأس به . الباجي يجوز شرط كل الربح لأحدهما في مشهور مذهب الإمام مالك رضي الله تعالى عنه ، وفيها لابن القاسم رحمه الله تعالى إذا اشترط المتقارضان عند معاملتهما ثلث الربح للمساكين جاز ، ولا أحب لهما أن يرجعا فيه ولا يقضى به عليهما .

(وضمنه) أي العامل مال القراض (في) الصورة التي اشترط فيهـــا (الربح) كله (له) أي العامل لأنه صار قرضاً بهذا الشرط ، فانتقل من الأمانة للذمة (إن لم ينفه) أي رب المال الضمان عن العامل ، فإن نفاه عنه فلا يضمنه (و) إن (لم يسم) بضم التحتية وفتح السين المهملة والميم مثقلة المال حين دفعه له (قراضاً) فإن سماه رب المال قراضاً بأن قال خذه قراضاً ولك ربحه كله فلا يضمنه أيضاً على المشهور . ابن يونس ابن المواز ان قال رب المال للعامل حين دفع له المال خذه قراضاً والربح لك جاز ، وكان الربح كله للعامل ، ولا يضمن المال إن خسر أو تلف ، والقول فيه قول العامل وإن لم يقل قراضاً ، وإنمـــا قال خذه واعمل به والربح لك جاز وهو ضامن لما تلف أو خسر ، يريد إلا أن يشترط أن لا ضمان عليه فلا يضمن .

ـــ الثلاثة . عن الواضحة يختص المشترط بربع عشر الربح ويقتسمان ما بقي ، وهو راجع للثالث ، وتوجيه سحنون بتداعيهما حظ الزكاة يقتضي كونه كذلك لو كان حظهما في الربح مختلفاً ، ونعني بالثالث قسم الربح على ما يجب لكل منهما منه بعـــد طرح حظ الزكاة من حظ من شرطت عليه ، ففي قراضهما بالنصف على تسعة وثلاثين للمشترط منها عشرون ، وعلى الثلث للعامل على مائة وسبعة عشر له منها سبعة وثلاثون .

وَشَرْطُهُ : عَمَلُ غُلَامِ رَبِّهِ ، أو دابَّتِهِ فِي الْكَثِيرِ ، وَخَلْطُهُ ، وإنْ بِمالِهِ ، وهُوَ الصَّوابُ ، إنْ خافَ بِتَقْدِيمِ أَحَدِهِما : رِخَصاً ،

(و) جاز (شرطه) أي العامل على رب المال (عمل غلام) بضم الغين المعجمة أي عبد (ربه) أي المال مجاناً في المال الكثير (أو) عمل (دابته) أي رب المال (في) المال (الكثير) فيها لمالك رضي الله تعالى عنه يجوز للعامل أن يشترط على رب المال أن يعينه بعبده أو بدابته في المال خاصة لا في غيره . ابن يونس لأن المنفعة لهما جميعاً فليست بزيادة انفرد العامل بها . ابن المواز اختلف قول الإمام مالك رضي الله تعالى عنه في اشتراط عون غلام رب المال وأجازه الليث ومنعه عبد العزيز ، ولا بأس به عندي .

(تنبيهان)

الأول : « ق » قوله في الكثير لم يقيده في المدونة بهذا طفي ، وكذا لم يقيده أبو الحسن ، وذكره في توضيحه عن ابن زرقون قائلاً كما قالوا في المساقاة ا هـ ، ومراده ابن زرقون وفي ابن عبد السلام وذكر بعض الشيوخ أنه يجوز بشرط كون المال كثيراً يعني كما في المساقاة ا هـ ، ومراده ابن زرقون فالقيد له فقط ولم يعرج عليه ابن عرفة بحال . البناني وفي الكثير فرض المسألة المتيطي ولم يذكره في المدونة .

الثاني : طخ انظر هل يشترط في الغلام أو الدابة أن يكون غير معين وإلا فلا يجوز إلا بشرط الخلف ، كما في المساقاة أولاً ، فإني لم أر من تكلم عليه من شراحه ولا في التوضيح ما يدل عليه . ابن عاشر الجواز مقيد بعدم اشتراط العامل الخلف ، قال بعضهم لا يجوز اشتراط خلف الدابة والغلام إن هلك ، فإن اشترط رد إلى قراض المثل .

(و) جاز للعامل (خلطه) أي مال القراض بمال آخر والتجارة بهما معاً وقسمة الربح عليهما إن كان الخلط بمال غير العامل ، بل (وإن) كان الخلط (بماله) أي العامل (وهو) أي الخلط (الصواب إن خاف) العامل (بتقديم) التجارة بـ (أحدهما) أي المالين (رخصا) بضم الراء وسكون الخاء المعجمة في البيع وغلاء في الشراء . فيها للامام مالك رضي الله تعالى عنه إذا خاف العامل إن قدم ماله على مال القراض أو أخره عنه

وقع الرخص في مال القراض ، فالصواب خلطهما ويكون ما اشترى بهما من السلع على القراض وعلى ما نقد فيها ، فحصة القراض رأس مال القراض ، وحصة العامل ما نقد فيها ولا يضمن العامل إن خلطهما بغير شرط . ابن يونس لا ينبغي شرط الخلط ولا على ان شاء خلطه . أصبغ وليس بحرام ، ولكنه من الذرائع . فإن فعل فلا أفسخه .

(و) ان اشترى العامل سلعة بمال القراض وزيادة من عنده معجلة شارك القراض بعددها وإن اشترى بزيادة مؤجله (شارك) العامل القراض (إن زاد) العامل على مال القراض ثمناً (مؤجلا) بضم الميم وفتح الهمز والجيم مثقلا بأجل معلوم كاشترائه سلعة بمائتين إحداهما حالة وهي مال القراض والأخرى مؤجلة بشهر مثلا فيشارك (بقيمته) أي المؤجل الذي زاده بأن تقوم العين بعرض ثم يقوم بعين ويشاركه بمثل هذه القيمة من مجموعها مع مال القراض فيها لابن القاسم رحمه الله تعالى إذا أخذ العامل مائة قراضاً فاشترى سلعة بمائتين نقداً صارشريكاً فيها لرب المال فيكون نصفها على القراض،ونصفها للعامل ، وان كانت المائة الثانية مؤجله على العامل قومت المائة المؤجلة بالنقد ، فإن كانت قيمتها خمسين كان شريكاً بالثلث، هكذا أصلحها سحنون وقال ابن القاسم وأشهب.

وقال ابن القاسم ايضاً وروي عن مالك «رض» يشارك بما زادته قيمة السلعة على مائة القراض ، وهو الذي كانت المدونة عليه . وهي رواية القابسي عن الدباغ والابياني ، هكذا النقل في تنبيهات عياض وابي الحسن وابن عرفة والتوضيح ، ولا إجمال في كلام المصنف أصلاً ، فالخلاف انما هو في تقويم المائة او السلعة المشتراة بالمائتين ، وكيفية تقويم المائة المؤجلة ان تقوم اولاً بعرض ثم يقوم العرض بنقد ، بأن يقال كم يشتري من نوع كذا من السلع التي وصفها كذا بمائة مؤجلة إلى شهر مثلا ، فيقال كذا ، ثم يقال هذا اذا بيع بالنقد كم يساوي ، فيقال ثمانون مثلا ، فهي قيمة المائة المؤجله ، ولا يقوم النقد المؤجل بنقد حال ، لأنه ربا ، وهكذا فعل ابن عرفة ، قال في كون العامل يشتري السلعة بمال القراض مع دين عليه لأجل شريكاً فيها بقيمة الدين عرضاً يقوم بعين نقداً او بفضل قيمة

السلعة يوم شرائها على مال القراض ، لمحمد مع روايته وابن القاسم واشهب وسماع القرينين مع المجموعة والموازية والمدونة ، فجعل الشارح القول بتقويم الدين بعرض مخالف للقول بتقديم الدين غير ظاهر ، ودرج على ذلك في شامله حيث قال قوم المؤجل ، وهل ينقد ابتداء أو بعرض ، ثم ينقد قولان ، وروى بما زادت السلعة الخ ، افاده طفي .

(تنبيه)

محل مشاركة العامل بعدد النقد وقيمة المؤجل إذا اشتراه لنفسه ويصدق فيه قاله ابن رشد ونقله ابن عرفة او للقراض ، وابى رب المال دفع الزائد إذ الخيار له إذا اشترى العامل للقراض،ولو في المؤجل، صرح به ابن رشد ، ونقله ابن عرفة ، واقره ، طفي. فيه نظر إذ الظاهر انه لا يخير في المؤجل وتعيين المشاركة بقيمته لأن شراء العامل بدين للقراض لا يجوز ولو بإذن رب المال ، فكيف يخير ، وعلى هذا قررت في كبيره والشارح فجعلا تخيير رب المال فيما دفعه العامل من عنده نقداً فقط ، وهو الظاهر من كلامهم . البناني بل صرح ابن رشد بجواز شرائه بالدين للقراض إن أذن رب المال له متحملا ضمانه ونصه وللعامل إذا كان مديراً أن يشتري على القراض بالدين إلى أن يبيع ويقضي ، وأما إذا كان محتكراً فاشترى سلعة بجميع مال القراض فليس له أن يشتري غيرها بالدين على القراض ، فإن فعل فلا يكون على القراض وكان له ربحها ، وعليه وضيعتها ، وإن أذن له رب المال في ذلك إلا أن يأذن له أن يشتري على القراض على أنه إن ضاع مال القراض كان ضامناً لذلك فيجوز وتكون السلعة على القراض اهـ ،فحيث كان له الاذن في الشراء بدين ثبت له الخيار بعد وقوعه .

(و) جاز للعامل (سفره) بمال القراض لبلد آخر يتجر به فيه أو يبيع فيه سلع القراض أو يجلب منه سلعاً لبلده (إن لم يحجر) عليه ربه أي يمنعه من السفر به (قبل شغله) أي المال بسلع السفر بأن لم يحجر عليه أصلاً أو حجر عليه بعد شغله بها فلا يعتبر . ومفهومه أنه إن حجر عليه قبل شغله فليس له السفر به . سحنون رحمه الله تعالى ليس للمقارض أن يسافر

وَأَدْفَعْ لِي، فَقَدْ وَجَدْتُ رَخِيصاً أَشْتَرِيهِ، وَبَيْعُهُ بِعَرْضٍ، وَرَدُّهُ بِعَيْبٍ، وَلِلْمَالِكِ: قَبُولُهُ، إِنْ كَانَ ٱلْجَمِيعَ وَالثَّمَنَ عَيْناً،

بالمال القليل سفراً إلا بإذن رب المال وفيها لابن القاسم للعامل أن يتجر بالمال في الحضر والسفر، وحيث شاء إلا أن يقول له رب المال حين دفعه اليه بالفسطاط لا تخرج من أرض مصر أو الفسطاط، فلا ينبغي له أن يخرج قال الإمام مالك «رض» ولرب المال رده ما لم يعمل به العامل أو يظعن به لسفر. ابن القاسم رحمه الله تعالى وكذلك لو تجهز واشترى متاعاً يريد به بعض البلدان فهلك رب المال فللعامل النفوذ به، وليس للورثة منعه وهو في هذا كوكيلهم.

(و) جاز القراض إذا قال العامل لشخص (أدفع لي) مالاً قراضاً (فقد وجدت) شيئاً (رخيصاً اشتريه) به فيها للإمام مالك «رض» لو ابتاع سلعة ثم سأل رجلاً أن يدفع اليه مالاً ينقده فيها ويكون قراضاً بينهما فلا خير فيه فإن نزل لزمه رد المال لربه، وما كان فيها من ربح أو وضيعة فله وعليه، وهو كمن أسلفه رجل ثمن سلعة على أن له نصف ربحها. ابن المواز لو كان ذلك قبل أن يستوجبها وقبل أن يجب عليه ضمانها لجاز إذا لم يسم له السلعة ولا بائعها. وروي عن عثمان «رض» أن رجلاً قال له وجدت سلعة مرجوة فاعطني قراضاً ابتاعها به ففعل.

(و) جاز (بيعه) أي عامل القراض سلع القراض (بعرض) بفتح العين المهملة وسكون الراء. ابن عرفة مقتضى قولها مع غيرها يجوز كون العامل مديراً وقولها تجوز زراعته حيث الامن جواز بيعه بالعروض، بخلاف الوكيل ولم أذكر فيه نصاً إلا قول ابن شاس له أن يبيع بالعروض (و) إن ظهر لعامل القراض عيب في سلعة اشتراها للقراض لم يطلع عليه حال شرائها جاز له (رده) أي العامل السلعة التي اشتراها على بائعها (بعيب) وإن أبى رب المال لتعلق حق العامل بربحها (وللمالك) لمال القراض (قبوله) أي المعيب لنفسه ومنع العامل من رده (إن كان) المعيب (الجميع) أي جميع مال القراض (والثمن) الذي اشترى المعيب به (عين) أي دنانير أو دراهم، اذ من حجة ربه أن يقول

وَمُقارَضَةُ عَبْدِهِ وأَجِيرِهِ ، ودَفْعُ مالَيْنِ ، أو مُتَعاقِبَيْنِ قبلَ شغْلِ الْأَوَّلِ ، وإنْ بِمُخْتَلِفَيْنِ : إنْ شَرَطا خلْطاً ،

لو رددته لنض المال وكان لي أخذه منك ، فإن كان الثمن عرضاً فليس له ذلك لرجاء العامل الربح فيه إن رد المعيب وأخذه منه .

فيها للامام مالك «رض» إذا اشترى العامل بجميع المال عبداً ثم رده بعيب فرضيه رب المال فليس ذلك له ، لأن العامل إن أخذه كذلك جبر خسر ما فيه بربحه إلا أن يقول له رب المال إن أبيت فاترك القراض واخرج لأنك أردت رده وأخذ الثمن فيصير القراض نقداً ، ولي أخذه منك فاما أن ترضى به وإلا فاترك القراض واخرج وأنا أقبله بجميع مالي ، ولو رضي العامل بالمعيب على وجه النظر جاز ، وان حاباه فهو متعد .

(و) جاز للسيد (مقارضة عبده) أي معاقدته على دفع مال له ليتجر فيه بجزء من ربحه (و) جاز لمن استأجر شخصاً لخدمة أو عمل مقارضة (أجيره) أي دفع مال له ليتجر به بجزء من ربحه . فيها لابن القاسم رحمه الله تعالى لا بأس أن يقارض الرجل عبده أو أجيره للخدمة إن كان مثل العبد . وقال سحنون ليس الأجير مثل العبد ، إذ يدخل في الأجير فسخ دين في دين . ابن يونس معنى قول ابن القاسم إن كان الأجير مثل العبد إذا ملك المستأجر جميع خدمته كالعبد ، وكان ما استأجره فيه يشبه عمل القراض بأن كان استأجره ليتجر له في السوق ويخدمه في التجارة ، فمثل هذا قارضه لم ينقله من عمل إلى خلافه ، ولو كان استأجره لعمل معين مثل البناء والقصار فنقله إلى التجارة لدخله فسخ دين في دين كما قال سحنون .

(و) جاز إن أراد القراض (دفع مالين) في عقد واحد لعامل واحد كمائة دينار وألف درهم (أو) دفع مالين (متعاقبين) أي أحدهما عقب الآخر إن كان دفع الثاني (قبل شغل) المال (الأول) أي شراء السلع به إن كانا بجزءين متفقين كالثلث في كل ، بل (وإن) كانا (بـ) جزءين (مختلفين) كنصف في أحدهما وثلث في الآخر (إن) كانا (شرطا) أي رب المال والعامل (خلطا) للمالين وقت العقد في دفعهما معاً ، وعند دفع

الثاني في الثانية سواء اتفق جزآهما أو اختلفا في القسمين .

ومفهوم الشرط أنهما ان شرطا عدمه أو أطلقا فلا يجوز هـذا هو المعتمد « ق » فيها لابن القاسم رحمه الله تعالى وإن قارضت رجلا على النصف فـلم يعمل به حتى زدته مالاً آخر على النصف على أن لا يخلطهما فلا يجوز . سحنون ويجوز على أن يخلطهما لرجوعهما إلى جزء واحد معلوم ، وروى أبو زيد عن ابن القاسم انه لا يجوز على غـير الخلط وإن كانا على نصف ونصف . وقال ابن المواز إن كانا على جزء واحد جاز أن يشترط أن يعمل بكل مال على حدة . ابن يونس هذا ظاهر المدونة وإذا اشترط أن يخلطاهما جاز كانا على جزء واحد أو جزءين مختلفين ، لأنه يرجع إلى جزء مسمى مثاله لو دفع اليه مائتين مائة على الثلث والثلثين ومائة على النصف على أن يخلطهما ، فحسابه أن ننظر أقل عدد له نصف وثلث صحيح تجده ستة ، وقد علمت أن للعامل من ربح إحدى المائتين نصفه ومن ربـح الأخرى ثلثه فخذ نصف الستة وثلثهـا ، وذلك خمسة ، ولرب المال نصف ربح المائة الواحدة وثلثا ربح الأخرى ، فخذ له نصف الستة وثلثيها وذلك سبعة فتجمعها مـع الخمسة فيكون اثني عشر فيقسمان الربح على اثني عشر جزءاً للعامل خمسة أجزاء وذلك ربع الربع وسدسه ، ولرب المال سبعة أجزاء وذلك ثلث الربح وربعه ، وقـد غلط في حسابها .

ابن مزين طفي قوله إن شرطا خلطا شرط في متفقي الجزءين ومختلفيهما وهو المعتمد كما في أبي الحسن وابن عرفة وغيرهما ، وهو مراد المصنف ، وبه قرر الشارح ولو أراد أنه شرط في المختلفين فقط كما قرره بعضهم لقال كأن اختلفا إن شرطا خلطا ، لكن ظاهر كلامه في توضيحه أنه شرط في المختلفين فقط . البناني قوله إن شرطا خلطا ، ظاهره أنه شرط في المتفقين والمختلفين ، وهي رواية أبي زيد عن ابن القاسم . طفي وهو المعتمد كما في أبي الحسن وابن عرفة وغيرهما ، وقيـل انه شرط في المختلفين فقط قاله ابن المواز . ابن يونس هذا ظاهر المدونة ، وظاهر كلامه في التوضيح ترجيحه ، ولذا قرر به الشارح وهو الذي يناسبه التعليل .

أو شَغْلَهُ : وإنْ لَمْ يَشْتَرِطْهُ : كَنُضُوضِ الأَوَّلِ ، إنْ ساوَى ؛ واتَّفَقَ جُزْؤُهُما ،

(أو) دفع المال الثاني للعامل بعد أن (شغله) أي العامل المال الأول بشراء السلع به فيجوز (إن لم يشترطه) أي الخلط بأن شرط عدمه أو أطلق ظاهره ولو مع اختلاف الجزءين ، وعن الإمام مالك «رض» لا يعجبني مع اختلافهما أي للتهمة ، فإن كان اشترطه فلا يجوز ولو اتفق الجزآن لأنه قد يخسر في الثاني فيجبر خسره ربح الأول . فيهما لابن القاسم رحمه الله تعالى إن أخذ الأول على النصف فابتاع به سلعة ثم أخذ الثاني على مثل ذلك أو أقل أو اكثر ، على أن يخلطه بالأول لم يعجبني . فأما على أن لا يخلط فجائز فإن خسر في الأول وربح في الآخر فليس عليه جبر هذا بهذا .

طفي بين عبارة المصنف إن لم يشترطه وعبارتها على ان لا يخلط بون لكنه تبع ابن الحاجب وعند ابن عرفة الإطلاق كاشتراط الخلط ، قال ودفع مالين معاً لعامل بجزء واحد بشرط خلطهما أو مطلقاً جائز ، وظاهر قول اللخمي انه على الخلط حتى يشترط نفيه . البناني قوله إن لم يشترطه يخالف قولها على أن لا يخلط ، ولعله أخذ بمفهوم قولها أولا على أن يخلطه وما له هنا نحوه في ابن الحاجب والتوضيح .

وشبه في الجواز فقال (ك) دفع المال الثاني للعامل بعد (نضوض) بضم النون وضم الضاد المعجمة الأولى ، أي صيرورة المال (الأول) ناضاً ، أي دنانير أو دراهم ببيع السلع وقبض ثمنها دنانير أو دراهم فيجوز (إن ساوى) الناض رأس المال بلا ربح ولا خسر بأن كان رأس المال ألفاً ونض ألفاً (و) إن (اتفق جزؤهما) أي جزءا الربح المشروطان للعامل فيهما كالثلث عن ربح كل منهما فان كان نض الأول بربح أو خسر أو اختلف جزءاهما فلا يجوز .

طفي قوله إن ساوى الخ ، هذا إذا شرط أن لا يخلطها ، ولو شرط خلطهما لجاز مطلقاً اتفق الجزآن أو اختلفا فدفعه بعد النضوض المساوي كدفعه قبل شغل الأول ، ففيها وإن تجر في الأول فباع ونض في يده ثم أخذ الثاني ، فإن باع برأس المال الأول سواء جاز

اشْتِراءُ رَبِّهِ مِنْهُ إنْ صَحَّ ، واشْتِراطُهُ : أنْ لاَ يَنْزِلَ وادِياً ، أو يَمْشِيَ بِلَيْلٍ ، أو بِبَحْرٍ ، أو يَبْتاعَ سِلْعَةً ، وضَمِنَ ، إنْ خالَفَ :

أخذه للثاني على مثل جزء الأول لا أقـــل ولا أكثر . ابن يونس يريد إنما أخذه على أن لا يخلطهما ، ولو كان على الخلط جاز على كل حال، لكن تقييد ابن يونس يأتي على قول محمد إذا اتفق الجزء يجوز ولو مع شرط عدم الخلط ، وتقدم أنه خلاف الراجح ، ولذا قال التونسي ظاهر قولها إن نض الأول دون ربح ونقص جاز إعطاء آخر ان كان يمثل الأول كقول محمد لأن شرط مماثلة الجزاء دليل على عدم الخلط .

(و) جاز (اشتراء ربه) أي القراض سلعة (منه) أي العامل من سلع القراض (إن صح) قصده بأن لم يقصد بالشراء التوصل إلى اختصاصه بشيء من ربحـه قبل تفاصلهما . ومفهومه أنه إن قصد بشرائه منه ذلك فلا يجوز ، وهو كذلك في الموطأ ، قال الإمام مالك «رض» لا بأس أن يشتري رب المال ممن قارضه بعض ما يشتري من السلع إذا كان ذلك صحيحاً على غير شرط . الباجي سواء اشتراه بنقد أو بمؤجل ما لم يتوصل بذلك إلى أخذ شيء من ربحه قبل المقاسمة .

(و) جاز (اشتراطه) أي رب المال على العامل (أن لا ينزل) بالمال في حال سفره به للتجارة به في بلد آخر (وادياً) أي مكاناً منخفضاً يجتمع فيـــه السيل النازل من الجبال والأرض المرتفعة ، ويجري الى البحر الملح خوفاً من هجوم السيل عليه وهو بـه فيحمله إلى البحر قهراً عنه ومن قطاع الطريق واللصوص ، فإن شأنهم الكمون فيـــه والاستتار به .

(أو) لا (يمشي) وهو مسافر بالمال (بليل) ظاهره ولو مقمراً خوفـاً من القطاع واللصوص والتوهان عن الطريق (أو) لا يركب (ببحر) ملح أو عذب خوفاً من غرقه (أو) لا (يبتاع) أي يشتري بمال القراض (سلعة) معينة كالرقيق والطعـام لغرض صحيح كقلة ربحها وخوف الوضيعة فيها (وضمن) العامل ما تلف أو خسر من مـال القراض (إن خالف) العامل رب المال في شيء مما نهاه عنه . «ق» قال الفقهاء السبعة

كَأَنْ زَرَعَ أَوْ سَاقَى بِمَوْضِعِ جَوْرٍ لَــهُ ، أَوْ حَرَّكَهُ بَعْدَ مَوْتِهِ عَيْناً ،

من فقهاء التابعين مع مشيخة سواهم من نظرائهم أهل فقه وفضل «رض» يجوز لرب المال أن يشترط على عامله أن لا ينزل به بطن واد ولا يسير به بليل ولا يحمله في بحر ولا يبتاع به سلعة ، كذا فإن فعل شيئاً من ذلك ضمن المال .

وشبه في الضمان فقال (كأن زرع) العامل (أو ساقى) أي جعل العامل نفسه عامل مساقاة لشجر أو زرع بجزء من ثمره وصرف مال القراض فيما يلزمه وتنازع زرع وساقى (بموضع جور) بفتح الجيم وسكون الواو فراء ، أي ظلم بالنسبة (له) أي العامل سواء كان موضع جور لغيره أيضاً أم لا ، فإن لم يكن موضع جور له لوجاهته وبسط يده به فلا يضمن ولو كان موضع جور لغيره فيها إن خاطر بالزرع في موضع ظلم ضمن . الحط يعني إذا زرع العامل أو ساقى بموضع جور وظلم له أي للعامل أي في موضع يرى أنــه يظلم فيه فإنه يضمن ، واحترز بقوله له مما إذا كان الموضع فيه ظلم أو جور، ولكنه كان يرى أنه هو لا يظلم لوجاهته ونحوها، وأشار به لقوله في توضيحه في شرح قول ابن الحاجب ، وله أن يزرع ويساقى ما لم يكن موضع ظلم فيضمن .

ظاهر كلام المصنف أنه بمجرد كون الموضع موضع ظلم يضمن ، وفيها إن خاطر به في موضع ظلم أو غرر فهو ضامن فزاد المخاطرة ، وقد يكون الموضع موضع ظلم ولا يعد الزارع فيه مخاطراً لوجاهته به ونحوها ، واذا ضمن لمخاطرته بزرعه في موضع ظلم له فــلا فرق بين كون الخسارة من سبب الزرع أو من سبب الظلم قال اللخمي لتعديه في أصل فعله ، والله أعلم .

(أو حركه) بفتحات مثقلا ، أي اتجر العامل بالمال (بعــد موته) أي رب المال وانتقاله لورثته حال كون المال (عيناً) أي دنانير أو دراهم بــلا إذن منهم لانحلال القراض بموت ربه وهو عين ووجوب رده للورثة أو إذنهم له في العمل به . ومفهوم عيناً أنه إن كان عرضاً فلا يضمنه بتحريكه ، وليس للورثة منعة منه وهم في ذلك كمورثهم

سواء ، وحكمه بضمانه يدل على منعه ابتداء . وقيل خلاف الأولى . ابن الحاجب فالأولى للعامل أن لا يحركه . خليل إنما الذي فيها فلا يعمل بصيغة النهي وظاهره المنع ، وعليه حملها اللخمي وغيره . ابن عرفة قول ابن الحاجب خلاف ظاهر قولها ونقلها ابن شاس على الصواب مثل ظاهر قولها ا هـ .

طفي انظر ما نسبه لا بن شاس مع قوله وإذا كان المال عيناً عند موت ربه فلا ينبغي للعامل تحريكه بعد موته ا هـ ، ولذا قال في توضيحه في قول ابن الحاجب فالأولى نحوه في الجواهر . «ق» فيها للإمام مالك «رض» اذا علم العامل بموت رب المال والمال بيده عيناً . ابن يونس يريد وهو في بلد رب المال لم يظعن منها لتجارة فلا يعمل به وإن لم يعلم بموته حتى ابتاع سلعاً مضى على القراض . ابن يونس يريد وكذلك ان ظعن به لسفر فليمض على قراضه شغل المال أو لم يشغله .

(أو شارك) العامل بمال القراض صاحب مال بلا إذن رب المال فيضمن إن لم يكن عاملاً آخر لرب المال ، بل (وإن) شارك (عاملا) آخر لرب المـــال فيضمن كل منهما ما دفعه له رب المال . فيها للإمام مالك «رض» لا يجوز للعامل أن يشارك بمال القراض أحداً وإن عمــلا جميعاً فإن فعل ضمن ولا يجوز أن يشارك عاملا آخر لرب المال كما لا يستودع المودع الوديعة عند من لربها عنده وديعة ولا عند غيره ، فهذا إن شارك كأنه أودع غيره .

(أو باع) العامل شيئاً من سلع القراض (بدين) بــلا إذن رب المال فيضمن فيها للامام مالك «رض» لا يجوز للعامل أن يبيع بالنسيئة إلا باذن رب المال ، فإن فعل بغير إذنه ضمن ، وهذا ما لم يشترط في أصل العقد . أبو الحسن لأن بيوع المسلمين إنما هي بالنقد في الغالب ، فإن وقع عقد القراض مبهما انصرف الى العرف ا هـ ، فيؤخذ منه أنه اذا كان العرف البيع بالدين انصرف المبهم اليه ، وهو ظاهر طفي .

(أو قارض) العامل بمال القراض عامــلا آخر وتنازع زرع وساقى وشارك وباع وقارض في (بلا إذن) من رب المال فيضمن فيها لا يبضع العامل من المـال بضاعة . فإن

وَغَرِمَ لِلْعامِلِ الثَّاني، إنْ دَخَلَ عَلَى أَكْثَرَ : كَخُسْرِهِ ، وإنْ قَبْلَ عَمَلِهِ والرِّبْحُ لَهُما :

فعل ضمن ولو أذن له رب المال في ذلك جاز ما لم يأخذه، ولا يشارك بالمال أو يقارضه إلا باذن رب المال ، فإن قارض بغير إذنه ضمن (وغرم) العامل الأول (للعامل الثاني) الزائد على الجزء الأول (إن دخل) العامل الثاني مع العامل الأول (على) جزء من الربح (أكثر) من الجزء الذي دخل عليه العامل الأول مع رب المـــال بأن كان الأول ربعا والثاني نصفا على المشهور .

وقال أشهب يستحق الثاني ما دخل عليه مع الأول من الربح ويرجع رب المال على الأول بما زاد. وأما لو دخل الثاني مع الأول على أقل مما دخل الأول عليه مع رب المال بأن كان الأول نصفا والثاني ربعا لكانت الثلاثة الأرباع لرب المال ولا شيء للعامل الأول، فيما إن أخذ قراضاً على النصف فتعدى فدفعه الى غيره قراضاً على الثلثين ضمن عنـــد الإمام مالك رضي الله تعالى عنه ، فان عمل به الثاني فربح كان لرب المال نصف الربح، وللعامل الثاني نصفه ، ثم يرجـــع الثاني ببقية شرطه وهو السدس على العامل الأول ، وكذلك في المساقاة بعض القرويين. الصواب أن يرجع في المساقاة بربع قيمة عمله لأنه باع بثمرة استحق ربعها .

وشبه في غرم العامل الأول للعامل الثاني تمام ما دخل معه عليه فقال : (كخسره) أي العامل الأول بعض رأس المال ودفع باقيه لمن يعمل فيه بلا إذن ربه فربح قيمة ما يجبر الخسر كله أو بعضه فيجبر المال بربح الثاني، ويغرم له الأول حصته مما جبر به الخسر. وأصل الخسر النقص بسبب التجر وأراد به مطلق النقص سواء كان بتجر أو نحو سرقة بدليل المبالغة عليه بقوله اذا كان الخسر بعمله ، (وإن) كان الخسر (قبل عمله) أي العامل الأول في المال بنحو سرقة ثم دفع باقيه للعامل الثاني فربح فيـــه ما يجبر خسر الأول كله أو بعضه ، فيجبر رأس المال من ربح العامل الثاني .

(والربح) أي القدر الزائد منه على ما يجبر به رأس المـــال (لهما) أي رب المال

والعامل الثاني على حسب ما دخل عليه رب المال مع العامل الأول، ويغرم العامل الأول للثاني حصته مما جبر به رأس المال وتمام ما دخل معه عليه ان كان اكثر مما دخل عليه رب المال مع الأول ، مثاله دفع رب المال للأول خمسين يعمل بها على ثلث ربحها فنقصت عشرين بتجره او نحو سرقة ودفع الثلاثين الباقية لمن يعمل بها على نصف ربحها ، فصارت بتجر الثاني مائة وعشرة فلرب المال خمسون رأس ماله والباقي ستون، يعطى العامل الثاني ثلثها عشرين ويأخذ ثلثيها أربعين ، ويغرم العامل الأول للعامل الثاني عشرة عوض نصف العشرين التي جبر بها المال من ربح الثاني ، وعشرة أيضاً تمـــام نصف الستين ، فيتم له أربعون ، وهي نصف ربحه وهو ثمانون فيها اذا أخذ المقارض المال على النصف فدفعه الى آخر على الثلث فالسدس لرب المال ، ولا شيء للمقارض الأول ، لأن القراض جعل فـلا يستحق الا بالعمل، ولو كانت ثمانون ديناراً فخسر الاول منها أربعين ثم دفع الاربعين الى الثاني على النصف ايضاً ، فصارت مائة ولم يعلم الثاني ذلك فرب المال احق بأخذ الثمانين رأس ماله ونصف ما بقي، وهي عشرة ، ويأخذ الثاني عشرة ويرجع على الاول بعشرين ديناراً ، وهي تمام نصف ربحه على الاربعين .

وشبه في عدم استحقاق شيء من الربح الذي تضمنه قوله والربح لهما ، أي والربح لرب المال والعامل الثاني ولا شيء منه للعامل الأول لأنه متعد فقال (ككل آخذ) بمد الهمز وكسر الخاء المعجمة (مال) من مالكه (للتنمية) لمالكه كوكيل على التجر ومبضع معه (فتعدى) على المال بتصرفه فيه بغير ما أذن له فيه مالكه ، فإن ربح فلا شيء له من ربحه، وان خسر فعليه خسره نظراً لما دخلا عليه ابتداء بخلاف عامل القراض اذا شارك او باع بدين مثلا بلا إذن رب المال ، فإن خسر المال فعليه خسارته لتعديه، وان ربح فالربح بينه وبين رب المال نظراً لما دخلا عليه ابتداء ، الا اذا تعدى بالمقارضة فلا شيء له من الربح كما تقدم .

ومفهوم للتنمية أن من أخذه لا لها كالمودع بالفتح والوصي والغاصب والسارق والجر فيه فربح فله ربحه وإن خسر فعليه خسره . «ق» أبو محمد المقارض إنما أذن له في تحريك

لاَ إنْ نَهاهُ عَنِ الْعَمَلِ قَبْلَهُ أوْ جَنَى كُلٌّ ، أوْ أخَذَ شَيْئاً فَكَأجْنَبِيٍّ

المال إلى ما ينميه ، فإن حركه إلى غير ماله أخذه ضمن هلاكه ونقصه ، وإن حركه بالتعدي إلى ما أنماه دخل ربه في نمائه ، ولا يكون أولى به لتعديه ، وفارق تعدي الغاصب والمودع ، إذ لم يؤذن لهما في تحريك المال فتعدي العامل يشبه تعدي الوكيل والمبضع معه . الحط يعني أن العامل إذا تعدى بوجه مما تقدم وضمناه فلا يختص بالربح ، ولا يقال كما يختص بالخسر يختص بالربح كالغاصب والمودع بالفتح ، بل الربح على ما شرطا . قال في التوضيح لأنه يتهم على قصد الاستبداد بالربح فعوقب بنقيض قصده ، ولأن استبداده به يحمله على التعدي ليستقل بالربح .

(لا) يشاركه رب العامل في ربحه (إن نهاه) أي رب العامل (عن العمل) في مال القراض (قبله) أي العمل فخالفه وتعدى وعمل فيه فيختص بربحه ، لأنه صار ضامناً له كالغاصب . ابن الحاجب أما لو نهاه عن العمل قبل العمل فاشترى فكالوديعة له ربحها وعليه غرمها ، بخلاف ما لو نهاه عن سلعة فاشتراها ونحوه في المدونة ، وفيها إذا لم يشغل العامل المال حتى نهاه ربه أن يتجر به فتعدى فاشترى به سلعة فيضمن المال والربح له ، كمن تعدى على وديعة عنده فاشترى بها سلعة فيضمنها والربح له ، بخلاف الذي نهاه رب المال عن شراء سلعة وإن نهيته عن شراء سلعة في عقد القراض الصحيح أو بعد عقده وقبل أن يعمل به ثم اشتراها فهو متعد ، فلك تركها على القراض أو تضمينه المال ولو كان قد باعها كان الربح بينهما على شرطهما والوضيعة عليه خاصة ، لأنه فر بالمال من القراض حين تعدى عليه ليكون له ربحه ، وكذلك إن تسلف من المال ما ابتاع به سلعة لنفسه فيضمن ما خسر وما ربح كان بينكما .

(أو جنى كل) من رب المال أو العامل على مال القراض فأتلف بعضه أو جميعه عطف على نهاه ، وفي بعض النسخ ولو جنى كل . «غ» وهو مطابق لفظ ابن الحاجب والخطب سهل (أو أخذ) أحدهما (شيئاً) من مال القراض (ف) الجاني أو الآخذ (كأجنبي)

جنى على مال القراض أو أخذ شيئاً منه في الاتباع بعوض ما جنى عليه ، أو أخذه بلا غرم ربحه على فرض التجربة ، فهو مشارك المعطوف عليه في الإخراج من كون الربح لهما .

ابن الحاجب لو جنى العامل أو رب المال على المال جناية أو أخذ شيئاً كان عليها ، كأجنبي والباقي على القراض حتى يتفاصلا . ابن عبد السلام أراد ان ما جناه العامل او رب المال وفي المال ربح لا يعد ربحاً وما بقي بيد العامل رأس المال ، لأن المفاصلة في الربح إنما تكون بعد قبض رأس المال ، فاذا كان كذلك اخذ احدهما كاخذ الأجنبي له يجب رده إلى المال كما يرد ذلك من يد الأجنبي ا هـ . طفي ولا فرق بين كون الأخذ قبل شغل المال او بعده . قال في المدونة وليس ما استهلك العامل منه مثل ما ذهب او خسر ، لأن ما استهلك قد ضمنه ولا حصة لذلك من الربح .

ابو الحسن في الأمهات وما بقي بيد العامل يعمل به هو الذي على القراض ، وليس ما تسلف منه على القراض . الشيخ أشار إلى انه لا يحاسب بقدر ما كان يربح فيما تسلف ثم قال بعد قولها ولا حصة لذلك من الربح إلا انه تمام رأس المال وإن تسلف العامل نصف المال او اكله فالنصف الباقي رأس المال ، وربحه على ما شرطا،وعلى العامل غرم النصف فقط ولا ربح له ، وإن اخذ مائة قراضاً فربح فيها مائة ثم اكل مائة منها وتجر في المائة الباقية فربح مالاً فمائة في ضمانه ، وما ربح أولاً وآخراً بينهما على ما شرطا . ولو ضاع ذلك ولم تبق إلا المائة التي في ذمته ضمنها لرب المال ولا تعد ربحاً إذ لا ربح إلا بعد رأس المال . وإن اشترى بالقراض وهو مائة دينار عبداً يساوي مائتين فجنى عليه رب المال فنقصته مائة وخمسين ثم باعه العامل بخمسين فعمل فيها فربح مالاً او وضع لم يكن ذلك من رب المال قبضاً لرأس ماله وربحه حتى يحاسبه ويفاصله ويحسبه عليه ، فاذا لم يفعل فذلك دين على رب المال مضاف إلى هذا المال ا هـ ، كلامها وقد نقله كله في الجواهر وابن عبد السلام ، ونقل بعضه في توضيحه .

فقول عج هذا الجناية يضاف لما بقي وربحه ، ويجعل الربح الحاصل في الباقي لـه

خاصة ، ثم ذكر مسألة العبد وقال فاذا باعه بخمسين ، وأبحر فيها فأصبحت مائة وخمسين فانه يحسب على رب المال ما نقصته جنايته ، ولا يكون له ربح فيأخذ العامل في الفرض المذكور مائة من المائة والخمسين ، ويدفع لرب المال خمسين فيكون رب المال أخذ ماله ، وهي مائة وحصته من الربح وهي مائة وأخذ العامل حصته ، فلو كانت جناية رب المال بعد شغل المال كجناية الأجنبي ما كان لرب المال شيء من الخمسين وربحها ، لأن جناية رب المال قد استوفت رأس ماله وحصته من الربح غير ظاهر ، بل إذا تأملته وجدته تهافتاً ، وقول بعضهم إن كانت الجناية قبل العمل يكون الباقي رأس مال ، واما بعده فرأس المال على أصله ، لأن الربح يجبره ولا يجبره إذا حصل ذلك قبله خطأ فاحش ، والله اعلم .

البناني وهو ظاهر ، إذ الربح لا يجبر الأخذ ولا الجناية لا قبل شغل المال ولا بعده .
العدوي حاصل الفقه أنه لا جبر سواء كان قبل العمل أو بعده ، وتنزل جناية العامل أو أخذه او جناية رب المال او اخذه منزلة جناية الأجنبي او اخذه ، ومعلوم أنه لو جنى اجنبي فيؤخذ منه أرش الجناية ويضم لما بقي من المال وربحه ويعطى رب المال رأس ماله وما يخصه من الربح ، ويعطى العامل ما يخصه من الربح ، فكذا لو جنى او اخذ رب المال او العامل ، فان اعطاه مائة فاشترى بها عبداً يساوي مائتين فقطع يده رب المال فنقصت قيمته مائة وخمسين وباعه العامل بخمسين واتجر بها ، فصارت مائة وخمسين ، فتضم للمائة والخمسين التي لزمت رب المال بجنايته فيصير المجموع ثلاثمائة منها مائة رأس المال والمائتان ربح لرب المال مائة ، وللعامل مائة ، فيحسب على رب المال المائة والخمسون التي لزمت بها ، ويعطيه العامل خمسين تمام المائتين رأس ماله وحظه من الربح ويبقى للعامل مائة هي حصته منه والله اعلم .

(ولا يجوز) للعامل ورب المال (اشتراؤه) أي العامل سلعة القراض (من ربه) أي المال واما شراؤه منه لنفسه فجائز نص عليه في العتبية ، وظاهر المدونة كراهة شرائه منه لنفسه ، وابقاها ابو الحسن على ظاهرها خوف محاباة العامل رب المال بأن يشتري

منه بأكثر من ثمنها ، فيؤدي إلى أن يجبر العامل النقص الحاصل بسبب المحاباة بالربح ، فيصير لربه أكثر مما دخلا عليه فيها ، وكره الإمام مالك رضي الله تعالى عنه أن يشتري العامل من رب المال سلعة وإن صح القصد منهما لم يصح من غيرهما .

ابن القاسم رحمه الله تعالى كرهه خوف أن يكون رأس المال رجع لربه فصار القراض بهذا الغرض . ابن المواز اختلف قول الإمام مالك رضي الله تعالى عنه في شراء العامل من رب المال فروى عبد الرحيم أنه خففه ان صح القصد ، وكرهه في رواية ابن القاسم ، وكذا ان صرف منه . وأما ان اشترى منه سلعة لنفسه لا للقراض فذلك جائز .

(أو) أي ولا يجوز اشتراء العامل سلعة للقراض (بنسيئة) أي بثمن مؤجل ان لم يأذن له رب المال ، بل (وان أذن له) رب المال في ذلك في العقد أو بعده ، فان فعل ضمن واختص بربحه . « ق » ابن المواز شراؤه بالدين على القراض أو تسلفه عليه لايجوز أذن فيه رب المال أم لم يأذن ، وكيف يأخذ ربح ما يضمنه العامل في ذمته . طفي محل منع شرائه بالدين اذا كان غير مدير ، أما هو فيجوز له شراؤه به .

ابن عرفة ابن رشد أما المدير فله الشراء بالدين على القراض . قلت لأن عروض المدير كالعين في الزكاة ، ويجب أن يقيد بكون ثمن ما يشتريه به يفي به مال القراض والا فلا يجوز . عج لا يخالف هذا قوله وشارك ان زاد مؤجلا بقيمته ، لأن هذا في شرائه للقراض وذلك في شرائه لنفسه اهـ ، والصواب أن ذلك بيان لما يفعل بعد الوقوع ، سواء اشترى لنفسه أو للقراض ، وهذا بيان لحكم القدوم نعم يخص ما هنا بشرائه للقراض اهـ .

ابن عرفة سمع ابن زيد ابن القاسم لا خير في شراء العامل المتاع بنظرة أيام ، لأنه يضمن الدين ان تلف ، وان ربح فيه أعطاه نصف الربح . ابن رشد ان نزل فالربح والوضيعة للعامل ، وعليه وهو قوله في الموازية وهو ظاهر المدونة ولو أذن له رب المال فيه الا أن يأذن أن يشتري على أنه ان ضاع مال القراض يضمن ذلك في ذمته فيجوز

أو بِأكْثَرَ ، ولاَ أَخذُهُ مِنْ غَيْرِهِ ، إنْ كانَ الثَّانِي يَشْغَلُهُ عَنِ ٱلأوَّلِ ، ولاَ بَيْعُ رَبِّهِ سِلْعَةً بِلاَ إذْنٍ ، وجُبِرَ خُسْرُهُ ، ومَا تَلِفَ وإنْ قَبْلَ عَمَلِهِ ،

وتكون السلعة على القراض . ابن عرفة هذا خلاف ما تقدم للخمي من كون العامل في ذلك اجيراً وهو الصواب ، لأنها زيادة على القراض الأول بعد اشتغاله. ابن رشد هذا في غير المدير ، واما المدير إلى آخر ما تقدم ، والله اعلم .

(أو) أي ولا يجوز شراء العامل للقراض سلعاً (بـ) ثمن (أكثر) من مال القراض لضمانه الزائد في ذمته فيلزم أخذ رب المال ربح ما لم يضمن . « ق » فيها قال الإمام مالك رضي الله تعالى عنه في العامل يشتري سلعة بأكثر من رأس مال ليضمن ما زاد ديناً ويكون في القراض أنه لا خير فيه (ولا) يجوز للعامل (أخذه) أي العامل مال قراض (من) شخص (غيره) أي رب المال (إن كان) العمل في المال الثاني (يشغله) أي العامل (عن) العمل في المال (الأول) وإلا جاز . « ق » فيها للامام مالك رضي الله تعالى عنه لو اخذ من رجل مالاً قراضاً فله أن يأخذ قراضاً من رجل آخر إن لم يكن الأول كثيراً يشغله الثاني عنه ، فلا يأخذ حينئذ شيئاً من غيره . ابن القاسم رحمه الله تعالى فإن أخذ وهو يحمل العمل بهما فله خلطهما ولا يضمن ، ولا يجوز خلطهما بشرط من الأول أو الثاني .

(ولا) يجوز (بيع رب المال سلعة) من القراض (بلا إذن) من العامل ، فإن نزل فللعامل رده ، فأحرى بيع الجميع بالمنع والرد . « ق » فيها للامالك رضي الله تعالى عنه لا يبيع رب المال عبداً من القراض بغير إذن العامل ، وللعامل رده أو إجازته (و) إن خسر أو تلف بعض مال القراض واتجر العامل في باقيه فربح (جبر) بضم الجيم وكسر الموحدة (خسره) بضم الخاء المعجمة ، أي نقص مال القراض بسبب التجارة به (و) جبر (ما) أي القدر الذي (تلف) بفتح الفوقية وكسر اللام ، أي هلك منه أو سرق أوغصب إن كان التلف بعد عمله ، بل (وإن) كان التلف (قبل عمله) أي العامل

بالمال في كل حال (إلا ان يقبض) بضم التحتية وفتح الموحدة الباقي من المال أي يقبضه ربه من العامل ثم يرده له فيربح فيه ، فلا يجبر ربحه خسر الأول ولا تالفه ، لأن هذا قراض مؤتنف .

« ق » لو قال وجبر الخسران وما تلف وإن قبل عمله بالربح ما لم يقبض لكان أبين . ابن يونس القضاء في القراض أنلا يقسم ربحه إلا بعد كمال رأس المال ، وأن المقارض مؤتمن لا يضمن ما هلك بيده إلا أن يتعدى فيه . قال الإمام مالك رضي الله تعالى عنه وإذا ضاع بعض المال بيد العامل قبل العمل أو بعده أو خسر او اخذه لص أو العاشر ظلماً فلا يضمنه العامل إلا انه إن عمل ببقية المال جبر بما ربح فيه اصل المال ، فما بقي بعد تمام رأس المال الأول كان بينهما على ما شرطا ، ولو كان العامل قد قال لرب المال لا اعمل حتى تجعل ما بقي رأس المال ففعلا واسقطا الخسارة فهو ابداً على القراض الأول ، وإن حاسبه واحضره ما لم يقبضه منه ثم يرده إليه اصبغ على باب الصحة والبراءة .

(و) إن تلف كل المال أو بعضه ف (له) اي رب المال (الخلف) بفتح الخاء المعجمة واللام ففاء ، اي دفع بدل ما تلف للعامل ليتجر به ويلزم العامل قبوله إن تلف بعضه (فإن تلف جميعه) اي مال القراض من يد العامل (لم يلزم الخلف) العامل لإنفساخ القراض وانقطاع المعاملة بينهما . « غ » كذا في النسخ التي وقفنا عليها ، ولعل صوابه فلا يلزمه الجبر وضمير المفعول للعامل فيطابق قول ابن الحاجب ، اما لو اشترى بجميعه فتلف قبل إقباضه فأخلفه فلا يجبر التالف ، وقد قال في المدونة وإن نقد فيها رب المال كان ما نقد الآن رأس ماله دون الذاهب . ابن يونس لأنه لما ضاع الأول كله انقطعت المعاملة بينهما ، فإن دفع إليه الآن رب المال شيئاً فهو كابتداء قراض ، ولو انه إنما ضاع بعض المال فأتم له رب المال بقية ثمن السلعة فههنا يكون رأس المال جميع ما دفعه إليه اولاً وآخراً ، ولا يسقط ما ذهب ، لأن المعاملة بينهما تعد قائمة فلم يتفاصلا فيها ، ثم ظاهر كلام المصنف على ما في النسخ انه إذا تلف جميعه فلا يلزم العامل قبوله ، لأنه قراض مؤتنف وهو جار ولزمته فتأمله مع تعليل ابن يونس المتقدم والله اعلم .

وَلَزِمَتْهُ السِّلْعَةُ ، وإنْ تَعَدَّدَ الْعَامِلُ : فَالرِّبحُ : كَالْعَمَلِ ،

« ق » انظر ما نقص هنا، فلو قال ولو ضاع المال بعد الشراء به فله الخلف ولا يلزمه، فإن اخلفه فلا يجبر الأول بربحه وإن ابى فربح السلعة ونقصها للعامل ، وعليه لوافق ابن عرفة . فيها لابن القاسم رحمه الله تعالى لو اخذ مائة قراضاً فأخذ له اللصوص خمسين فأراد رد ما بقي فأتم له المائة لتكون هي رأس المال ، فإن رأسه في هذا مائة وخمسون حتى يقبض ما بقي على المفاصلة ، وكذلك لو رضي أن يبقى ما بقي رأس المال فلا ينفع ذلك . واما لو أخذ اللصوص جملة رأس المال فأعطاه ربه مالا آخر فلا جبر في ذلك ، وهذا الثاني هو رأس المال ، وإنما يصح إذا بقي من الأول شيء .

(و) إن تلف المال كله واشترى العامل سلعة (لزمته) اي السلعة العامل فليس له ردها على بائعها ، ويخير رب المال في دفع ثمنها ، وتكون على القراض الذي دخلا عليه وعدمه فيلزم العامل دفعه من ماله ، ويختص بها ، فان لم يكن له مال فتباع عليه فيه ، فان ربحت فله ، وإن خسرت فعليه فيها ، وإذا اشترى العامل سلعة ثم ضاع المال كله خير ربه في دفع ثمنها على القراض ، فان أبى لزم العامل الثمن وكانت له خاصة .

(وإن تعدد) العامل في مال القراض بأن كانا اثنين فأكثر وربحوا (فالربح) يقسم بينهما أو بينهم (كالعمل) فان كانوا مستوين في العمل قسم الربح بينهم بالسوية ، وإن تفاوتوا فيه تفاوتوا في الربح بحسب تفاوتهم في العمل فلا يجوز استواؤهم في الربح مع تفاوتهم في العمل ، ولا عكسه عند ابن القاسم ، « ق » فيها لابن القاسم رحمه الله تعالى وان قارضت رجلين على أن لك نصف الربح ولأحدهما ثلثه وللآخر سدسه فلا يجوز ، كما لو اشترك العاملان على ذلك ، لأن أحدهما يأخذ بعض ربح صاحبه بغير شيء اصبغ ويفسخ ، فان فات العمل كان نصف الربح لرب المال والنصف بين العاملين على ما شرطا، ويرجع صاحب السدس على صاحب الثلث باجارته في فعل جزئه وقاله ابن حبيب .

ابن المواز لو شرطا العمل على قدر اجزائهما من الربح لكان مكروهاً الا انه ان نزل مضى . عياض فضل ظاهرها أنه لو كان عملهما على قدر اجزائهما من الربح جاز، ونحوه

لمديس . بعض مشايخنا المتأخرين الصواب جوازه، وأراد به ابن رشد وهذا هو المشهور، وعليه فان خالفت أعمالهم اجزاء الربح وفات العمل فقال محمد وابن حبيب يقسم الربح على ما سموا ، ويرجع صاحب القليل على صاحب الكثير بفضل عمله . وقال أحمد بن خالد بل على رب المال ، وقال جماعة بل يردان الى حكم القراض الفاسد ، ثم اختلف هؤلاء فقال التونسي يكونان أجيرين . وقال فضل لهما قراض مثلهما . ابن عبد السلام قول التونسي أظهر وأجرى على قواعد المذهب. الحط وهو الجاري على قوله وفيما فسد غيره أجرة مثله .

وأنفق) العامل على نفسه من مال القراض ، أي يجوز للعامل أن ينفق على نفسه من مال القراض (إن سافر) العامل به من بلد القراض ببلد آخر للتجارة به في سفره وإقامته ببلد التجر حتى يعود لبلد القراض . ومفهوم الشرط أنـــه لا نفقة له إن لم يسافر ولو في وقت شرائه وتجهيزه ، وهو كذلك في المدونة وغيرها ، وظاهره ولو شغله عن الوجوه التي يقتات منها وهو كذلك . وقال اللخمي إن شغله عنها فله الانفاق منه . « ق » ابن يونس القضاء أن للعامل النفقة في مال القراض إذا شخص للسفر به لا قبل ذلك . وفيها للإمام مالك رضي الله تعالى عنه إذا كان العامل مقيماً في أهله فلا نفقة له من المـال ولا كسوة ولا ينفق منه في تجهيزه إلى سفره حتى يظعن ، فإذا شخص به من بلده كانت نفقته في سفره من المال في طعامه ، وفيما يصلحه بالمعروف من غير سرف ذاهباً وراجعاً إن كان المال يحمل ذلك ولا يحاسب بما أنفقـه في ربحه ، ولكن يلغى وسواء في قرب السفر أو بعده ، وإن لم يشتر شيئاً وله أن يرد ما بقي بعد النفقة إلى صاحبه ، فـــإذا وصل إلى مصره فلا يأكل منه .

(و) إن (لم يبن) العامل في سفره (بزوجته) التي تزوجها فيه ، فإن بنى بها فيه سقطت نفقته ، وفهم منه أن العقد لا يسقطها فيها لو خرج بالمال إلى بلد فنكح بها ، فاذا دخل وأوطنها فمن يومئذ تكون نفقته على نفسه .

وَٱحْتَمَلَ ٱلْمَالُ لِغَيْرِ أَهْلٍ ، وَحَجٍّ ، وَغَزْوٍ بِٱلْمَعْرُوفِ فِي ٱلْمَالِ ، وَٱسْتَخْدَمَ ، إِنْ تَأَهَّلَ ،

(و) إن (احتمل المال) المقارض به الانفاق لكثرته فلا ينفق من اليسير ولم يحد الكثير . وللإمام مالك رضي الله تعالى عنه في الموازية يرجع فيه للاجتهاد ووقع له السبعون قليل وله ينفق في الخسين وجمع بينهما بحمل الأول على سفر بعيد ، والثاني على سفر قريب . ابن عرفة للخمي إن كان بيده ما لان حمل بجموعهما ، ولا يحمله أحدهما بانفراده ، فله النفقة ، والقياس سقوطها لحجة كل منهما بأنه إنما دفع له ما لا تجب فيه النفقة . ابن عرفة لم أعرف هذه الرواية لغيره ولم أجدها في النوادر ، وهي خلاف أصل المذهب فيمن جنى على رجلين ما لا يبلغ أرش جنايته على كل منهما ثلث الدية وأرش مجموعهما يبلغه أن ذلك في ماله لا على عاقلته اﻫ .

(و) إن كان سفره (لغير أهل) أي زوجة (و) غير (حج و) غير (غزو) أي جهاد الكفار بأن كان للتجر بالمال . فيها قيل للإمام مالك رضي الله تعالى عنه عندنا تجار يأخذون المال قراضاً ويشترون به متاعاً يشهدون به الموسم ، ولولا ذلك ما خرجوا هل لهم في المال نفقة ، فقال لا نفقة لحاج ولا لغاز في مال القراض في ذهاب ولا في رجوع ، وإن كان انفاقه من المال (بالمعروف) أي مناسباً لحال المال عادة بلا إسراف تقدم في نصها ، فاذا شخص به من بلده كان نفقته في سفره من المال في طعامه ، وفيما يصلحه بالمعروف في غير سرف ، وإذا وجدت الشروط وأنفق فما أنفقه (في المال) المقارض به لا في ذمة ربه ، فان أنفق من مال نفسه ثم تلف مال القراض فلا رجوع له على ربه ، وكذا إن زاد ما أنفقه على مال القراض .

(واستخدم) العامل من مال القراض في سفره ، أي يجوز للعامل أن يستأجر من مال القراض من يخدمه في سفره (إن تأهل) بفتحات مثقل الهاء أي كان أهلا لاتخاذ خادم يخدمه بأن كانت خدمته نفسه تزرى به لكونه من أكابر الناس . فيها للإمام مالك رضي الله تعالى عنه للعامل أن يؤاجر من مال القراض من يخدمه في سفره إن كان المال

كثيراً وكان مثله لا يخدم نفسه . ابن عبد السلام الخدمة أخص من النفقة وكل ما هو شرط في الأعم فهو شرط في الأخص (لا) ينفق العامل من مال القراض في (دواء) لمرض أصابه في سفره لأنه خارج عن معنى التجارة. سمع القرينان أيشرب الدواء ويدخل الحمام من مال القراض . قال ما كانت هذه الأشياء يوم كان القراض إن قلم ظفره أو أخذ من شعره كان كل من القراض ، وأما الحجامة والحمام فخفيف .

ابن رشد قوله ما كانت هذه الأشياء يوم كان القراض أراد ما كان يؤخذ عليها في الزمان الأول اعواض ، والواجب الرجوع في ذلك للعرف في كل زمن وبلد ، فما العادة أن لا يؤخذ عليه عوض فلا يعطى عليه عوضاً من مال القراض ، وما العادة أخذ العوض عليه ، وقدره يسير متكرر جاز أن يعطى عليه منه لدخول رب المال عليه لتكرره بخلاف الدواء .

(واكتسى) العامل من مال القراض في سفره جوازا (إن بعد) بضم العين أي طال سفره بحيث يمتهن ثيابه التي عليه ، والحق ببعد سفره طول إقامته بموضع للتجر به . ومفهوم الشرط أنه لا يكتسي في السفر القريب . ابن القاسم كما بين مصر ودمياط ، وظاهر كلام المصنف أن له جميع الكسوة وهو المذهب . « ق » فيها للإمام مالك رضي الله تعالى عنه للعامل أن يكتسي من المال في بعيد السفر إن كان المال يحمل ذلك لا قريبه إلا أن يقيم بموضع إقامة يحتاج فيها إلى الكسوة .

(تنبيه)

أشعر كلامه بأن مال البضاعة ليس كالقراض في النفقة والكسوة منه ، وهو كذلك على قول من ثلاثة . والثاني كالقراض فيها . والثالث كراهتهما منه . ابن عرفة في كون البضاعة كالقراض في النفقة والكسوة وسقوطهما فيها . ثالثها الكراهة لسماع ابن القاسم مع رواية محمد وابن رشد عن سماع القرويين ورواية أشهب ، وصوب هو واللخمي الثاني ، ثم قال عن اللخمي العادة اليوم لا نفقة ولا كسوة منها إما أن يعمل مكارمة فلا شيء له أو بأجرة معلومة لا شيء له غيرها .

وَوُزِّعَ ، إنْ خَرَجَ لِحَاجَةٍ ، وإنْ بَعْدَ أَنِ اكْتَرَى ، وتَزَوَّدَ ،

(و) إن سافر العامل للتجر بمال القراض وقضاء حاجة له غير الحج والغزو والأهل وأنفق على نفسه مالاً في سفره (وزع) بضم الواو وكسر الزاي ، أي المال ، أي قسم المال الذي أنفقه على مال القراض لو سافر له وحده وما كان ينفقه في سفره لحاجته ، لو سافر لها وحدها ، فإن كان الأول مائة والثاني كذلك فيقسم ما أنفقه نصفه على مال القراض ، ونصفه على العامل ، وإن كان ربح الأول مائتين والثاني مائة فثلثاه على مال القراض وثلثه على العامل ، وإن كان الأول مائة والثاني مائتين فعلى مال القراض الثلث وعلى العامل الثلثان إن كان قصد خروجه لثانيهما قبل تزوده واكترائه للأول ، بل (وإن) قصد الخروج للثاني (بعد أن اكترى وتزود) للسفر الأول .

« ق » فيها للإمام مالك رضي الله تعالى عنه من تجهز لسفر بمال أخذه قراضاً من رجل واكترى وتزود ثم أخذ قراضاً ثانياً من غيره فليحسب نفقته وركوبه على المالين بالحصص، وكذلك إن أخذ مالاً قراضاً فسافر به وبمال نفسه فالنفقة على المالين . قال الإمام مالك وإن خرج في حاجة نفسه فأعطاه رجل قراضاً فله أن يفض النفقة على مبلغ قيمة نفقته في سفره ومبلغ القراض ، فيأخذ من القراض حصته ويكون باقي النفقة عليه . قال في العتبية ينظر قدر نفقته في طريقه لحاجته ، فإن كانت مائة والقراض سبعمائة ، فعلى المال سبعة أثمان النفقة .

ابن عبد السلام في هذا التوزيع نظر ، إذ لا ينبغي أن تكون المحاصة بقدر نفقته في حاجته مع مبلغ مال القراض ، فإن نفقته في حاجته من أثرها كما أن نفقته في مال القراض من آثاره ، فينبغي كون المحاصة في الآثار بحسب مؤثراتها وعللها لا بحسب أحد الأمرين مع المؤثر اهـ ، وتبعه الموضح . ابن عرفة وجه ما في العتبية ما في الموازية يجعل قضاء حاجته رأس مال يفض النفقة عليه وعلى القراض اهـ ، وفي المدونة نحو ما في الموازية ، ففيها وإن خرج لحاجة لنفسه فأعطاه رجل قراضاً فله أن يفض النفقة على مبلغ قيمة نفقته في سفره من نفسه ومبلغ القراض . وقال العوفي الصحيح حمل قول ابن القاسم على

وَإِنِ اشْتَرَى مَنْ يَعْتِقُ عَلَى رَبِّهِ عَالِماً : عَتَقَ عَلَيْهِ ، إِنْ أَيْسَرَ ،
وَإِلَّا بِيعَ بِقَدْرِ ثَمَنِهِ وَرِبْحِهِ قَبْلَهُ ، وَعَتَقَ بَاقِيهِ ،

أن الحاجة أقل من مسافة القراض أو أكثر أو الإقامة فيها أكثر أو أقل من الإقامة في القراض ، فلذا اعتبر القيمة لإختلاف النفقة ، فلو سئل عن تساوي المسافتين والإقامتين لأجاب بما قاله في مسألة الصلح عن موضحتي عمد وخطأ أنهما نصفان اه .

والحاصل أنه ينظر كم نفقته لو ذهب في حاجته فقط وكم نفقته لو ذهب للقراض فقط وتفض النفقة على القيمتين ، وهذا معنى ما في الموازية ، كما في ابن عرفة ، ونصه وفي الموازية يحمل قضاء حاجته رأس مال تفض النفقة عليه وعلى القراض ا هـ ، أفاده البناني، وفيه نظر ، إذ كلام المدونة صريح في أن التوزيع على نفقة حاجته ونفس مال القراض كما في العتبية ، وإنما وجهه بتنزيل نفقة حاجته منزلة رأس مال قراض لرد بحث ابن عبد السلام ، والله أعلم .

(وإن اشترى) العامل للقراض (من) أي رقيقاً (يعتق على ربه) أي المال لكونه أصله أو فرعه أو حاشيته القريبة حال كونه (عالماً) بقرابته له . ابن عبد السلام هذا
٥ هو العلم المشترط هنا لا علمه بعتقه عليه (عتق) الرقيق الذي اشتراه العامل للقراض (عليه) أي العامل لتعديه بشرائه عالماً (إن أيسر) العامل ، أي كان موسراً وقت الشراء فيغرم لرب المال رأس ماله وحصته من ربحه فيه قبل شراء الرقيق وولاؤه لرب المال (وإلا) أي وإن لم يكن العامل موسراً حين شرائه (بيع) بكسر الموحدة من الرقيق (بقدر ثمنه) أي رأس ماله كما في المدونة وابن الحاجب وغيرهما ، لا الثمن الذي اشتراه العامل به ، فلو عبر بذلك لكان أولى .

ويدل على إرادته رأس المال قوله (و) قدر (ربحه) أي الذي يستحقه رب المال من ربح المال (قبل) الشراء ا (هـ) أي الرقيق ، وأما ربحه في نفس الرقيق إن كان كشرائه بمائة وقيمته مائتان فلا يباع منه بقدر نصيب رب المال منه، إذ لا يربح الشخص فيمن يعتق عليه (وعتق باقيه) أي الرقيق على العامل ، ومحل بيع بعضه إن وجد من

يشتريه وإلا بيع جميعه ، وكذلك إذا لم يوجد من يشتري برأس المال والحصة ، وإنما يشتري بأكثر فيباع منه بقدر ذلك ، مثاله أصل مال القراض مائة وربح فيها قبل شراء القريب مائة واشتراه بالمائتين ، وهو يساوي ثلثمائة فيباع نصفه بمائة وخمسين ، مائة رأس المال ، والخمسون حصة رب المال من المائة التي ربحها قبل شراء القريب ، ويعتق نصفه لأن حصة العامل من الربح خمسون أفسدها على نفسه بشرائه ، والمائة الزائدة في قيمة الرقيق هدر .

(و) إن اشترى العامل من يعتق على رب المال حال كونه (غير عالم) بقرابته لرب المال (ف) يعتق (على ربه) أي المال لدخوله في ملكه ولا شيء على العامل لعذره بعدم علمه بقرابته لرب المال (و) على ربه (للعامل ربحه) أي العامل الحاصل (فيه) أي الرقيق الذي عتق على ربه على المشهور ، ومذهب المدونة فيها لابن القاسم رحمه الله تعالى وإن اشترى العامل أبا رب المال ولم يعلم عتق على الابن وكان له ولاؤه ، وعليه للعامل حصة ربحه إن كان فيه فضل ، وإن علم العامل وهو مليء عتق عليه لضمانه بالتعمد والولاء للإبن ، ويغرم العامل ثمنه . ابن المواز كان الثمن أكثر من القيمة أو أقل . ابن يونس لأنه تعمد إتلافه عليه فوجب أن يغرمه له وهو حر بعقد الشراء ، فإن لم يكن للعامل مال بيع منه بقدر رأس مال الابن وحصة ربحه وعتق على العامل ما بقي منه .

عج وعلى ربه للعامل حصته من الربح الحاصل في المال قبل شراء الرقيق بالأولى ، وتبعه من بعده . طفي مراد المصنف بقوله ربحه فيه الربح الكائن قبل الشراء فهو كقولها وعليه للعامل حصة ربحه إن كان فيه فضل . أبو الحسن ابن رشد يريد إن كان في المال ربح يوم الشراء ، مثل أن يكون رأس مال القراض مائة فربح فيها مائة أخرى ثم اشتراه بالمائتين فنصيب العامل منه على هذا التنزيل الربع ، فيغرم رب المال للعامل قيمة ربع العبد يوم الحكم إن كان له مال ، ويعتق العبد كله عليه ، وإن لم يكن له مال بقي ربعه رقيقا للعامل بمنزلة العبد بين الشريكين يعتق أحدهما نصيبه ولا مال له يقوم فيه نصيب

وَمَنْ يَعْتِقُ عَلَيْهِ وَعَلِمَ عَتَقَ عَلَيْهِ بِالْأَكْثَرِ مِنْ قِيمَتِهِ أَوْ ثَمَنِهِ ، وَلَوْ لَمْ يَكُنْ فِي الْمَالِ فَضْلٌ ،

شريكه ، هذا معنى كلامه في الكتاب وإرادته اهـ ، ومثله للغرياني في حاشيته على المدونة قائلا وإن لم يكن في الثمن ربح ، ولكن إن بيع هذا بربح فلا شيء للعامل لأنه يعتق بنفس الشراء على رب المال قاله غير واحد من الشيوخ اهـ .

ونقل ابن عرفة كلام المدونة وكلام ابن رشد المتقدم وأقره مقتصراً عليه ، وقال قوله قيمة ربع العبد صوابه ربع قيمة العبد اهـ ، إذا علمت هذا ، فقول عج ومن تبعه ربحه فيه وأولى ربحه قبله غير صواب اهـ . البناني قول ابن رشد العامل قيمة ربع العبد ، وتصويب ابن عرفة له بربع قيمته صريح في أن له نصيباً من الربح الواقع فيه ، وإلا لم يكن له إلا ربع الثمن في مثاله اهـ . قلت وكذا قوله فنصيب العامل منه الربع .

(و) إن اشترى العامل بمال القراض (من) أي رقيقاً (يعتق عليه) أي العامل كأصله وفرعه وحاشيته القريبة (و) قد (علم) العامل حال شرائه بقرابته له (عتق) بفتحات (الرقيق) على العامل وتبعه رب المال (بالأكثر من قيمته) يوم الحكم قاله ابن عرفة ، في توضيحه (و) من (ثمنه) لأنه أخذ المال لتنميته فليس له إتلاف بعضه بشراء قريبه بزائد عن قيمته .

ابن رشد إذا اشترى العامل من يعتق عليه وهو عالم موسر وفيه ربح فإنه يعتق عليه ويؤدي إلى رب المال رأس ماله وحصته من الربح يوم الحكم إلا أن يكون ثمنه الذي اشتراه به أكثر من قيمته يوم الحكم فيؤدي إلى رب المال رأس ماله وحصته من الربح من الثمن الذي اشتراه به ، لأنه لما اشتراه وهو عالم أنه يعتق فقد رضي أن يؤدي إلى رب المال ما يجب له من الثمن الذي اشتراه به من رأس ماله وحصته من الربح ، فيكون لرب المال أخذه بالأكثر هذا إذا حصل في المال ربح لتحقق الشركة بين رب المال ، والعامل حينئذ في قريبه فيعتق عليه ما ملكه منه ، ويكمل عليه ما ملكه رب المال منه ، بل (ولو لم يكن في المال فضل) بفتح الفاء وسكون الضاد المعجمة أي ربح فاضل

على رأس المال ، لأنه لما اشتراه عالماً فكأنه استلف المال ، فلا يقال إذا لم يكن في المال فضل فقد اشتراه بمال غيره ، فلم يدخل في ملكه شيء منه حتى يعتق عليه نصيبه ، ويكمل عليه ما لشريكه كما قاله المغيرة ، وأشار له المصنف بولو أفاده البناني .

وقال طفي المراد بالمال العبد المعتق ولو قال ولو لم يكن فيه فضل لكان أبين، وأشار بالمبالغة لقول المغيرة إذا لم يكن فيه فضل فلا يعتق عليه شيء ويدفع ثمنه لرب المال . ابن رشد وإن اشترى من يعتق عليه وهو عالم موسر ولا ربح فيه ، فانه يعتق عليه ويؤدي إلى رب المال الأكثر من قيمته يوم الحكم ومن الثمن الذي اشتراه به ، لأنه لما اشتراه وهو عالم بأنه يعتق عليه فقد رضي أن يؤدي الثمن الذي اشتراه به . ابن عرفة وإن اشترى من يعتق وهو عالم موسر وفيه ربح عتق عليه، وغرم لرب المال رأس ماله والأكثر من حظ ربه يوم الشراء ويوم الحكم ، ولو لم يكن فيه ربح غرم الأكثر من ثمنه وقيمته يوم الحكم .

(وإلا) أي وإن لم يعلم العامل بقرابة قريبة وقت شرائه وفيه ربح (ف) يعتق عليه ويتبعه رب المال (بقيمته) اي الرقيق، هذه عبارة ابن الحاجب . قال في توضيحه ظاهره أنه يغرم لرب المال جميع قيمته وليس كذلك ، بل يعتق نصيب العامل من الفضل وعليه لربه ما ينوبه من قيمته من رأس ماله وربحه (إن أيسر) العامل أي كان موسراً حين شرائه من يعتق عليه (فيهما) أي صورتي علمه وعدمه . ابن رشد وإن اشترى من يعتق عليه وهو غير عالم موسرا ، وفيه ربح فيعتق عليه نصيبه ، ويقوم عليه سائره يوم الحكم فكالعبد بين الشريكين يعتق أحدهما نصيبه منه وهو ملىء فيقوم عليه سائره يوم الحكم ، وإن اشترى من يعتق عليه وهو غير عالم وهو موسر ولا ربح فيه فيباع ويدفع الى رب المال ماله .

(وإلا) أي وإن لم يكن العامل موسرا فيهما فلا يعتق عليه لعسره ، ولا يباع الرقيق كله ، إذ لا تسلط لرب المال على ما يقابل ربح العامل و (بيع) بكسر الموحدة منه

(بـ) قدر (ما وجب) أي ثبت لرب المال من رأس المال وحصته من ربحه يوم الحكم وعتق الباقي على العامل بأن كان رأس المال مائة وربح فيـــه مائة أخرى واشترى من يعتق عليه بالمائتين وهو معسر ، وقوم يوم الحكم بمائة وخمسين فيباع منـه بمائة وخمسة وعشرين ، ويعتق باقيه ، ويتبع رب المال ذمته بخمسة وعشرين .

ابن رشد وإن اشترى من يعتق عليه وهو غير عالم ومعسر،وفيه فضل فيباع منة بقدر رأس ماله وحصة ربه من ربحه يوم الحكم ، ويعتق الباقي ، وان كان لا فضل فيه فيباع ويدفع لرب المال ماله فلا فرق في هذا بين الموسر والمعسر ، وتحصل مما تقدم أن الصور ثمانية ، لأن العامل حين الشراء اما عالم أولا ، وفي كل إما موسر أم لا ، وفي كل إمـا في المال فضل أم لا .

طفي وتلخيصها على ما في المقدمات وأبي الحسن أنه ان كان غير عالم ولا فضل فيـه سواء كان موسراً أو معسراً يباع ويسلم ثمنه لرب المال،وان كان فيه فضل كان كالعبد بين الشريكين يعتق أحدهما حظه منه ان كان موسراً عتق عليه حظه منه ، وقوم عليه حظ رب المال وان كان معسراً عتق عليه حظه منه ،وبقي حظ رب المال رقيقاً الا أن يأبى ذلك ويطلب ماله فيباع له بقدر رأس ماله وربحه ويعتق الباقي ، وان كان عالماً موسراً عتق عليه وأدى لرب المال الأكثر من رأس ماله وحصته من الربح يوم الحكم او من الثمن الذي اشتراه به وان لم يكن فيه فضل ، وان كان عالماً معسراً بيع منه لرب المال برأس ماله وربحه وعتق الباقي ان كان فيه فضل ، وان لم يكن فيه فضل أسلم لرب المال او بيع وأسلم له ثمنه وبه تعلم ما في كلام المصنف من القصور ، لأن قوله بيع يقتضى تحتمه مع أنه ان شاء ولإطلاقه فيقتضي ان هذا الحكم سواء كان في المال فضل أم لا ، مع انه ان لم يكن فيه فضل يباع ويسلم له ثمنه في عدم العلم ، سواء كـان موسراً او معسراً خلافاً لتقييد المصنف البيع بالإعسار ، واطلاقه في ذلك وفي العلم او الاسلام مـــع الإعسار ، ومنها قوله بما وجب ، والواجب له في العلم الأكثر فيقتضي انه يباع له بماله

وإنْ أعتَقَ مُشتَرىً لِلْعِتقِ : غَرِمَ ثمنَهُ ورِبْحَهُ ، ولِلْقِراضِ قيمَتُهُ يَوْمَئِذٍ ، إلَّا رِبْحَهُ ، فإنْ أعسَرَ : بِيعَ مِنْهُ بِما لِرَبِّهِ ،

من الأكثر ، وليس كذلك ، بل يباع له برأس ماله وربحه يوم الحكم كما تقدم لتحقق الشركة ثم يتبعه بماله من الربح في الثمن في ذمتـــه ، لكنه تبع ابن الحاجب في عبارته .

(وإن أعتق) العامل رقيقاً (مشترى) بمال القراض (ل) قصدا (لعتق) وهـــو موسر عتق عليه و(غرم) العامل (ثمنه) أي الرقيق (وربحه) أي رب المال تبع في هذا ابن الحاجب ابن عبد السلام ، لعل مراده بالثمن رأس المال والمراد بالربح الربح الكائن في المال قبل شراء الرقيق لا فيه ، فلو قال كابن رشد غرم لرب المال رأس ماله ، وربحه إن كان فيه فضل لكان أحسن ، فلا يعتبر الربح الذي في الرقيق لأنه لما اشتراه للعتق صار متسلفاً ثمنه ، أفاده طفي .

(و) إن اعتق العامل رقيقا مشترى من مال القراض (ل) قصد ا (لقراض) وهو موسر عتق عليه وغرم لربه (قيمته) أي الرقيق معتبرة (يومئذ) أي يوم عتقه لتفويته عليه وغرم له أيضا (ربحه) أي رب المال ، أي حظه منه يوم إعتاقه إن كان فيـــه ربح عن قيمته يوم شرائه مثلاً اشتراه بمائة وقيمته حينئذ مائة وعشرون وأعتقه وقيمته حينئذ مائة وثلاثون فعليه مائة وخمسة عشر « غ » في بعض النسخ ، إلا ربحـــه بأداة الاستثناء لا بواو العطف ، وهو الصواب ، والضمير في ربحه للعامـــل ، وأشار به لقول صاحب المقدمات وإن كان موسراً فاشتراه للقراض ثم أعتقه عتق عليه وغرم لرب المال قيمته يوم العتق إلا قدر حظه منه إن كان فيه فضل ، وهذا إذا كان موسراً فيهما .

(وإن أعسر) أي وإن كان العاقل معسراً (فيهما) أي شرائه للعتق وشرائه للقراض (بيع) بكسر الموحدة (منه) أي الرقيق (بـ) قدر (مـــا) وجب (لربه) من رأس ماله وحظه من ربحه وعتق ما بقي على العامل إن كان فيه فضل ، وإلا فـــلا يعتق شيء منه . ابن رشد إن اعتق العامل عبداً أو جارية من مال القراض ، فان كان موسراً واشتراه

وإنْ وَطِيءَ أَمَةً : قَوَّمَ رَبُّها ، أو أَبْقَى ، إنْ لَمْ تَحْمِلْ ، فإنْ أَعْسَرَ اُتْبَعَهُ بِهـا ، وبِحِصَّةِ ٱلْوَلَدِ ، أو باعَ لَـهُ بِقَدْرِ مالِهِ ،

للعتق أعتق عليه وغرم لرب المال رأس ماله وربحه إن كان فيه فضل ، وإن اشتراه للقراض ثم أعتقه عتق عليه وغرم لرب المال قيمته يوم العتق إلا قدر حظه منه إن كان فيه فضل ، وأما إن كان معسراً فلا يعتق شيء منه إلا أن يكون فيـه فضل فيباع منه لرب المال بقدر رأس المال وربحه ، ويعتق الباقي على العامل .

(وإن وطيء) العامل (أمة) اشتراها من مال القراض له (قوم) بفتحات مثقـــلا (ربها) أي الأمة على العامل أي الزمه قيمتها يوم وطئها وتركها له إن شاء (أو أبقى) ربها الأمة على القراض إن شاء ، وهذا التخيير (إن لم تحمل) الأمة من وطء العامـــل موسراً كان العامل أو معسراً ، فتباع عليه ، فإن لم يف ثمنها بقيمتها اتبعه ربها بتمامها في ذمتـــه ، قاله الإمام مالك رضي الله تعالى عنه في الموازية ، فإن حملت منـــه (فإن أعسر العامـــل اتبعه) ربها العامل (بها) أي القيمة (وبحصة) بكسر الحـاء وشد الصاد المهملة ، أي حظ ربها من قيمة (الولد) ان شاء ، ومقتضى كلام ابن الحاجب اعتبار قيمة الولد يوم وطئها (أو) ان شاء ربها (باع) الحاكم ليدفع (له) أي ربهـــا فيبيع جزءاً منها (بقدر ما) أي الحق الذي وجب (له) أي ربها من رأس ماله وحصته من الربح ويبقي باقيها على حكم أم الولد للعامل . ومفهوم إن أعسر انها ان حملت منه وهو موسر إن حكمها ليس كذلك ، وهو كذلك ، وحكمها أنها صارت أم ولد للعامل ويغرم قيمتها يوم وطئها ، رواه ابن القاسم عن الإمام مالك رضي الله تعالى عنهما .

ابن عرفة لو وطيء العامل أمة من مال القراض ولم تحمل فللصقلي عن محمد يغرم قيمتها ، وإن كان عديما بيعت فيها . ابن شاس إن وطئها العامل ولم تحمل ، فإن كان مليا فرب المال مخير بين أن يضمنه قيمتها يوم وطئها أو يلزمه إياها بثمنها ، وإن كان معسراً بيعت فيما لزمه من قيمة أو ثمن . ابن رشد إن اشترى العامل أمة للقراض ثم تعدى عليها ووطئها فحملت وله مال أخذ منه قيمتها يوم وطئها فيجبر بها القراض وصارت أم ولده ،

وإنْ أَحبَلَ مُشتَراهُ لِلوَطْءِ : فَالثَّمَنُ ، واُتُّبِعَ بِهِ ، إنْ أعسَرَ ،

وإن لم يكن له مال ولم يكن فيها فضل بيعت واتبع بقيمة الولد دينا ، وإن كان فيها فضل بيع منها لرب الدين بقدر رأس المال وربحه وله ما بقي بحكم أم ولد وقيل حكمها كحكم الأمة المشتركة .

(وإن أحبل) العامل الموسر أمة (مشتراة) من مال القراض (للوطء) من العامل (فالثمن) أي عوضه بغرمه العامل لرب المال قاله ابن القاسم رحمه الله تعالى (واتبع) بضم الفوقية وكسر الموحدة العامل (به) أي الثمن (إن أعسر) العامل . ابن رشد إن اشتراها للوطء ووطئها فحملت فإن علم أنه اشتراها لنفسه من مال القراض فلا تباع ، ويتبع بالثمن الذي اشتراها به في ذمته قولاً واحداً . ابن يونس روى عيسى عن ابن القاسم إذا تسلف العامل من مال القراض ما ابتاع به أمة ووطئها فحملت فقد عرفتك بقول مالك رضي الله تعالى عنه ، وهو رأيي أنه يؤخذ منه ما اشتراها به في ملائه ، ويتبع به في عدمه . وأما إن اشتراها للقراض وتعدى فوطئها وثبت ذلك ، فهذه تباع في عدمه عيسى ويتبع بقيمة الولد عينا لا أن يكون في القراض فضل فيكون كمن وطىء أمة بينه وبين شريكه .

(تنبيهات)

الأول : طفي قوله قوم ربها أو أبقى ، على هذا حمل المصنف في توضيحه قول ابن الحاجب فعليه قيمتها يوم وطئها ، إن شاء رب المال ، فقال يعني إن اشترى العامل بمال القراض جارية خير رب المال ، فان شاء ألزمه قيمتها يوم وطئها وإن شاء أبقاها على القراض ، وهو تابع في ذلك لابن عبد السلام ثم قال وهذا الذي قلناه من تخيير رب المال في أخذ القيمة وإبقائها على القراض إذا لم تحمل هو ظاهر كلام المصنف ، وهو الفقه وقال بعضهم يخير في أخذ القيمة أو الثمن الذي اشتراها به وإلزام العامل الثمن بعيد ، لأنه لم يعتد عليه إذا أقر رب المال بأنه اشتراها للقراض أو ثبت ببينة ، وظاهر كلام هذا القائل انه ليس له إبقاؤها على القراض وهو بعيد .

ابن عرفة ظاهره أنه إن لم يقر ولم تقم بينة به أن له إلزامه الثمن . والصواب أنه إنما يلزمه به إذا نكل العامل عن حلفه أنه اشتراها للقراض ، فإن حلف فلا ، وما نقله عن

بعضهم هو مقتضى ما يأتي عن محمد إذا حلف ، وفي تبعيده كونه ليس له إبقاؤهــا على القراض نظر لقولها في وطء أحد الشريكين أمة بينهما بعد ابتياعه إياها إن لم يسلمها له شريكه بالثمن وقال أردها للشركة فليس له ذلك ، وقال غيره له ذلك وهو في المقارض أحرى لاختصاصه بحوز مال القراض وهذه الاحروية تمنع تخريج قول الغير في عامل القراض ا هـ . كلام ابن عرفة فنفى القول بالإبقـاء في عامل القراض نصا وتخريجا ، فالصواب حمل كلام ابن الحاجب على ما نقلـه ابن عبد السلام عن بعضهم ، إذ مثلـه لابن شاس وهو متبوع .

ابن الحاجب غالباً ونحوه للمتيطي أيضا ، ونصه وإن ابتاع العامل بمال القراض جارية له أو للقراض فوطئها ولم تحمل ، فإن كان غنيا فرب المال مخير عند مالك بين تضمينه قيمتها يوم وطئها أو ثمنها الذي اشتراها به ، وان كان معسراً فقال ابن القاسم تباع فيما لزمه من قيمتها ا هـ . وقد اعتمد ناصر الدين في حاشية التوضيح كلام المتيطي ، وقال عقبه وبه ظهر أن تخييره في الابقاء على القراض غير منقول هنا ، بل المنقول في الأمة يطؤهـا الشريك ولم تحمل انه لا يجوز إبقاؤهـا للشركة والقراض أحرى ، صرح به ابن عرفة عن المدونة .

وقد رد عج كلام ابن عرفة وناصر الدين فقال قوله بل المنقول في الأمـة يطؤها الشريك ولم تحمل انه لا يجوز إبقاؤها للشركة الخ ، فيه نظر إذ المصرح به في باب الشركة أن المعروف والمشهور أن للشريك غير الواطىء إذا لم تحمل إبقاءها للشركة وقد تقدم ذلك في كلام المصنف فكلامه هنا موافق لما تقدم له ، وكلام ابن عرفة غير ظاهر ا هـ . ورده غير صحيح ، لأن كلام المدونة الذي استدل به ابن عرفة اذا اشتراها أحد الشريكين لغير الشركة به لنفسه ، وهي التي قال فيها في المدونة ليس له أن يردها للشركة بعـد الوطء ، أما قبله فله ذلك كما قيد به ابن يونس كلام المدونة ، وقوله المعروف والمشهور أن للشريك غير الواطىء إبقاءها للشركة وهو المتقدم في كلام المصنف إنمـا ذلك في

المشتراة للشركة فتعدى عليها أحد الشريكين فوطئها ، ومن تأمل كلامها وكلام أبي الحسن ظهر له ما قلنا .

ولم يفرق عج بين المسألتين فتجاسر برد كلام من عظم قدره وارتفع أمره في العلم بدون إمعان النظر ، وما ينبغي له ذلك ، والعجب منه أنه سلك هذا التفصيل في باب الشركة وغفل عنه هنا ، وعلم من كلام المتيطي أنه لا فرق بين شرائها لنفسه وشرائها للقراض ، وهو ظاهر كلام ابن عرفة وغير واحد ، وعليه يحمل كلام المصنف ، وإنما التفصيل في التي أحبلت خلافاً لما في التوضيح وإن تبعه تت .

البناني من تأمل علم أن كلام عج ظاهر ، وأن اعتراض طفي عليه تحمل ، وذلك لأن موضوع كلام ابن عبد السلام في المشتراة للقراض ، فرد ابن عرفة عليه بالأمة التي اشتراها أحد الشريكين لنفسه غير واضح ، وحيث صح أن المشهور في المشتراة للشركة أن لغير واطئها إبقاءها للشركة ، فالتي للقراض مثلها ، وهذا يقوي ما لابن عبد السلام فتبين أن ما ذكره طفي من التهويل ليس عليه تعويل ، على أن ما ذكره ابن عبد السلام هو ظاهر قول النوادر ، ما نصه وإن لم تحمل وهو مليء فرب المال مخير بين أن يضمنه أو يتركه نقله بعضهم قائلا ترك تضمينه هو إبقاؤه للقراض لا غير ، وبإبقائها للشركة صرح العبدوسي في شرح المدونة والله الموفق .

(الثاني) : طفي قوله اتبعه بها وبحصة الولد بهذا قرر في توضيحه كلام ابن الحاجب ، وفي اتباعه بنصيبه من قيمة الولد قولان ، ونصه يعني في اتباع رب المال العامل بنصيبه من الولد إذا كان العامل معسراً قولان الإتباع لعيسى . البـاجي وهو أصل ابن القاسم ، ومقابله لابن حبيب ا هـ ، فظاهره اتباعه بحصة الولد مع اتباعه بالقيمة ، وعلى هذا جرى هنا في مختصره ، وقرره ابن عبد السلام بقوله يعنى وحيث كان العامل معسراً وبقيت من قيمة الأمة بقية في ذمته ، فهل يلزم العامل من قيمة الولد بنسبة تلك البقية من جميع القيمة فيه قولان ، أحدهما أن ذلك يلزمه وهو قول عيسى وأصل ابن القاسم ا هـ ، فجعل

محل الاتباع بحصة الولد إذا بقيت من القيمة بقية ، وذلـك إذا ابيعت في قيمتها ولم يف ثمنها بها وهو الصواب لنص غير واحد على أنه إذا تبعه بقيمتها لا يتبعـــه بحصة الولد ، وبهذا اعترض ناصر الدين على الموضح ، وتقرير ابن عبد السلام هو مراد ابن الحاجب ، ففي الجواهر وإن كان معدماً فإن كانت مشتراة للقراض كان رب المال بالخيار بين أن يضمنه إياها ويتبعه بقيمتها يوم وطئها في ذمته ، وليس له من قيمة الولد ولا مما نقصها وطـؤه شيء وبين أن يباع جميعها إن لم يكن في المال ربح ، فإن كان فيه ربح بيع منها بقدر رأس المال وحصة ربه من الربح ويبقى مـا يخصه من الربح بحساب أم الولد على الخلاف في ذلك ، ولو نقص ثمن ما بيع منها عن قيمتها يوم وطئها لا تبعه بذلك النقصان مـع نصيبه من قيمة الولد ، وإن شاء تماسك بنصيبه منها واتبعـه بما يصيبه من قيمة الولد قاله عيسى القاضي أبو الوليد هذا ما اختاره ابن القـاسم اهـ كلام الجواهر ، وأراد بالقاضي أبي الوليد الباجي ، إذ يعبر عنه بهذا ولا شك أن هـذا مراد ابن الحاجب بقوله فإن كان معسراً فله ذلك إن شاء في ذمته وإلا فمن المال إن كان فيه فضل بذلك كله ، وإلا بيعت كلها واتبع بما بقي ...

وفي اتباعه بنصيبه من قيمة الولد قولان اهـ ، فاختصر كلام الجواهر إذ هو يتبعه في الغالب ، ويختصر كلامه فتقرير المصنف له بما تقدم ناء عن مراده ، ومعنى قوله فله ذلك قيمتها يوم وطئها أو يوم حملها على الخلاف الذي قدمه ، وقوله وإلا أي وإن لم ير درب المال اتباعه فمن المال الخ ونحو ما في الجواهر للمتيطي ، ونصه وإن كان معدماً والجارية للقراض وأحبلها فرب المال مخير بين أن يتبعه بقيمتها يوم وطئها ، وليس له من قيمة ولدها شيء وبين بيعها إن لم يكن فيها ربح إذا وضعت فيما لزمـــه من قيمتها ، ويتبعه بقيمة ولدها ، فإن كان فيها ربح فيباع منها بقدر رأس المال ونصيب ربها من الربح .

ويتبعه بنصيبه من قيمة ولدها وإن شاء تماسك بنصيبه منها ، واتبعه بنصيبه من قيمة ولدها قاله ابن القاسم في رواية عيسى اهـ ، ونحوه لابن عرفة ، فقد تضافرت النصوص على

أنه إن تبعه بقيمتها لا يتبعة بحصة ولدها ، وقد تبع الشارح في شروحه المصنف، وكذا في شامله حيث قال فإن كان عديماً فلربها أن يتبعه بقيمتها يوم وطئها أو حملها أو الأكثر منهما وبحصة الولد والكمال لله .

الثالث : تت سكت عن حكم شرائها من مال القراض ولم يعلم هــل اشتراها العامل للقراض أو لنفسه ، فحمله الإمام مالك «رض» على شرائها للقراض ولا يصدق في دعواه أنه اشتراها لنفسه فتباع كما تقدم ، وصدقه ابن القاسم فلا تباع عنده . ابن رشد هـذا محل الخلاف ، وأما إن قامت بينة عـلى أنه اشتراها للوطء فلا تباع باتفاق . طفي فيه نظر ، لأن هذه طريقة ابن رشد وطريقة غيره هـذا الحكم ، سواء علم الشراء لأحد الأمرين ببينة أو بمجرد قول العامل ، فلما أطلق المصنف دل على أنه لم يسلك طريقة ابن رشد .

وحاصله أن في المسألة ثــلاث طرق ، الاولى : لا فرق بـين المشتراة للقراض والمشتراة للوطء .

الثانية : الفرق بينهما ويقبل قول العامل .

الثالثة : طريقة ابن رشد .

ابن عرفة وإن كان عديماً ففي بيعها لجبر رأس المال أوله ولحظه من الربح مطلقاً، او ان اشتراها للقراض وإن اشتراها لوطئها اتبع بالثمن ، ثالثها ان علـم ببينة شراؤها للقراض بيعت أو ألزم قيمتها يوم وطئها ، وإن علم بها شراؤها لنفسه اتبع بالثمن اتفاقا فيهما وإلا جاء القولان لحمل بعض أهل النظر الروايات على الأول ، وحملها ابن رشد على الثاني ا هـ ، على أن تت لم يحسن سياق طريقة ابن رشد ، ونصه بعد ذكره الخلاف في بيعها على الإطلاق ، وعلى هذا حمل المسألة بعض اهل النظر باتباع ظاهر الروايات، أقول فيها أن الخلاف في بيعها اذا حملت وهو عديم انما هو اذا لم يعلم هل اشتراها للقراض او لنفسه بما أستلفه من مال القراض الا بقوله فحمله الامام مالك «رض» على أنه للقراض، فلم يصدقه ، ولذا قال تباع ان لم يكن له مال .

وحمله ابن القاسم على أنه لنفسه سلفا من مال القراض ولم يصدقه أنه اشتراها للقراض وإن زعم ذلك ، ولذا قال لا تباع لأنه يتهم على إرادته ببيع أم ولده . وأما إن علم أنه اشتراها لنفسه بمال سلف من القراض فلا تباع،ويتبع بالثمن الذي اشتراها به قولاً واحداً كما يختلف إن اشتراها للقراض ببينة قامت على ذلك يوم وطئها فحملت ، ولا مال له في أنها تباع فيما لزمه من قيمتها اهـ .

(ولكل) من رب المال والعامل (فسخه) أي القراض (قبل) الشروع في (عمله) أي القراض على المعروف لأنه عقد غير لازم ، الحط نحوه لابن الحاجب في التوضيح أي رده والرجوع عنه وإذا كان العقد غير لازم ، فلا يطلق عليه الفسخ إلا بطريق المجاز ، وشبه في التمكين من الفسخ فقال (كربه) أي القراض فله فسخه (إن تزود) بفتحات مثقلاً ، أي اشترى العامل الزاد للسفر من مال القراض . «غ» كذا كتبه بعضهم بإسقاط واو النكاية لئلا يكون فيه بعض تكرار (ولم يظعن) أي يشرع العامل في السفر من بلده .

ومفهومه أنه ان ظعن فلا يجوز لأحدهما فسخه للزومه حينئذ . فيها للامام مالك «رض» لرب المال رده ما لم يعمل العامل به أو يظعن به لسفر وإن ابتاع به سلعا وتجهز يريد بعض البلدان فنهاه ربه أن يسافر به فليس له أن يمنعه بعد شرائه ، لأنه يبطل عمله، كما لو اشترى سلعاً فأراد رب المال أن يبيع ذلك مكانه فليس له ذلك وينظر السلطان فيؤخر منها ما يرجى له سوق لئلا يدع عمل العامل باطلاً . محمد لو اشترى مثل الزاد والسفرة فإن رضي رب المال يأخذ ذلك بما اشتراه فذلك له . ابن الحاجب ومثل الزاد والسفرة لا يمنع .

ابن عبد السلام ظاهر كلامه إن عدم المنع من الجانبين وأنه إذا اشترى العامل من المال مثل السفرة والزاد يريد السفر بالمال ثم طلب هو أو رب المال الانحلال من القراض كان ذلك له، والذي ذكره ابن المواز أن رب المال إذا طلب الانحلال حينئذ يمكن منه ،ولم يقل إن العامل إذا أراد الانحلال يمكن منه ، لأن الضرر في هذه المسألة مقصور على رب المال،

فإذا رضى برد السفرة والزاد فلا يكون للعامل عليه مقال ، إذ لا ضرر عليه ، وإذا طلبه العامل وامتنع رب المال كان له الامتناع لما يلحقه من ذهاب بعض رأس ماله المصروف في الزاد والسفرة ، ابن عرفة لفظ الموازية لو اشترى مثل الزاد والسفرة،فإن رضي رب المال بأخذ ذلك بما اشتراه فذلك له اذا ثبت هذا،فإن زعم ابن عبد السلام أن كلام ابن الحاجب يدل على أن للعامل حله بالزامه ربــه بأخذ الزاد والسفرة بثمنها من رأس ماله فليس كذلك، وما ذكره من ضرر رب المال إنما يلزم بحمل كلام ابن الحاجب على ذلك . ومعنى كلام ابن الحاجب أن للعامل حله لدفعه لربه ثمنهما كما كان ذلك لربه ، وإذا كان هذا لربه كان للعامل أحرى. بيان الأحروية أن ثبوت ذلك لربه يدخل على العامل تصيير تكلفة شراء الزاد والسفرة مجاناً،وثبوته للعامل بغرم ثمنه لا يدخل على رب المال ضرراً بحال اهـ، ونحوه في أبي الحسن ، فأنه لما نقل كلام محمد كما نقله ابن عرفة ، قال وكذلك، إذا أراد العامل رد المال بعد أن أنفق في الزاد فله أن يغرم ذلك ويرد المال اهـ .

وكأن المصنف لم يقف على كلامه على أنه تنازل لما قاله ابن عرفة وأبو الحسن ، فإنه لما تورك على ابن الحاجب بقوله والذي في الموازية أن ذلك لرب المال فقط ، ولا يصح القياس لأنا لو جعلنا للعامل الانحلال لضر ذلك برب المال بسبب ما صرف من مـــاله في السفرة والزاد ، اللهم إلا أن يحسب العامل ذلك على نفسه ويرد الثمن الذي اشترى ذلـــك به ، لكن كلام المصنف لا يؤخذ منه هذا .

(وإلا) أي وإن شرع العامل في العمل أو ظعن في السفر (ف) يلزمهما الصبر (لنضوضه) أي صيرورة المال ناضاً دنانير أو دراهم ببيع السلع بها وقبضها فليس لأحدهما فسخه حتى يرجع عيناً .

(وإن ٱستنضه) أي طلب رب المال بيع السلع بالدنانير أو الدراهم ليأخذها من العامل وأبى العامل البيع في الحال وطلب التأخير (فالحاكم) ينظر فيه ، فإن رأى تأخـــيره مصلحة حكم به وإلا أمره ببيعها حالا بلا تأخير . فيها للإمام مالك رضي الله تعالى عنه

وإنْ مـــاتَ فَلِوارِثِهِ ٱلْأمِينِ أنْ يُكَمِّلَهُ ، وإلَّا أتَى بِأَمِينٍ كالْأوَّلِ ، وإلَّا سَلَّمُوا هَدَراً ، والْقَوْلُ لِلْعامِلِ فِي تَلَفِهِ وخُسْرِهِ ،

ليس لرب المال جبر العامل على بيع سلع قراضه لأخذ رأس ماله ، وينظر الامام فيها ، فإن رأى وجه بيعها عجله وإلا أخره إلى إبان سوقها كالحبوب تشتري في الحصاد وترفع إبان لإنفاقها والضأن تشترى قبل أيام النحر وترفع ليومه . اللخمي وكذا العامل إن أراد تعجيل بيعها وأباه ربها .

(وإن مات) العامل قبل نضوضه (فلوارثه) أي العامل (الأمين أن يكمله) أي العمل ويأخذ حظ مورثه من الربح (وإلا) وإن لم يكن وارث العامل أميناً (أتى) وارث العامل غير الأمين (بـ) شخص (أمين كـ) العامل (الأول) الذي مات قبل تكميل العمل في الأمانة يكمل العمل في مال القراض (وإلا) أي وإن لم يأت الوارث بأمين كالأول (سلموا) بفتح السين واللام مثقلاً المال لربه وجمع ضمير الوارث وهو مفرد لفظاً لاكتسابه العموم باضافته للضمير فصار جمعاً في المعنى تسليما (هدراً) بفتح الهاء والدال أي بلا أخذ شيء من الربح في نظير عمل من مات ، لأن المقارضة كالجاعلة لا يستحق جعلها إلا بالتام .

فيها للامام مالك رضي الله تعالى عنه من أخذ قراضاً فعمل به ثم مات قبل التكميل، فإن كان ورثته مأمونين قيل لهم تقاضوا الديون وبيعوا السلع وأنتم على سهم وليكم ، فإن لم يؤمنوا وأتوا بامين ثقة كان ذلك لهم ،وإن لم يأتوا بامين ولم يكونوا مؤتمنين سلموه إلى ربه ولا ربح لهم .

(و) إن ادعى العامل تلف مال القراض أو خسره وكذبه ربه فـ (القول للعامل في) دعوى (تلفه) أي مال القراض كله أو بعضه لأنه أمين عليه ، وظاهره ولو كان غير أمين لأنه رضيه أميناً (و) القول له في دعوى (خسره) أيضاً بضم الخاء المعجمة وسكون السين ، أي نقص المال بسبب التجر به ، وان اتهمه رب المال فله تحليفه على المشهور ، وإن حقق الدعوى عليه فله تحليفه اتفاقاً ، وظاهره قبول قوله مطلقاً ، وقيده

وردِّهِ إلى رَبِّهِ إنْ قُبِضَ بِلاَ بَيِّنَةٍ ،

اللخمي يشبهه ويعرف بسؤال التجار في تلك السلع هل حصل فيها خسر في تلك المدة أم لا ، وإن أشكل الأمر عليهم صدق العامل نقله عنه في التوضيح .

ابن الحاجب العامل أمين فالقول قوله في ضياعه وخسرانه . اللخمي إن اختلفا في تلفه فقال العامل ضاع أو سقط مني أو سرق أو غرق كان القول قوله في جميع ذلك ، لأنه أمين ، والأمين يصدق في أمانته مأموناً كان أو غير مأمون ، لأن رب المال رضيه أميناً واختلف في يمينه .

(و) إن ادعى العامل رد المال لربه وأنكره ربه فالقول للعامل في دعوى (رده) أي مال القراض لربه (إن) كان (قبض) بضم فكسر المال من ربه (بلا بينة) فإن كان قبضه منه ببينة فلا يصدق في دعوى رده إلا ببينة على المشهور ، ويحلف اتفاقاً لأن رب المال حقق الدعوى عليه وتنقلب عليه إن نكل العامل ، وظاهر كلامه كالمدونة عدم شرط قصد التوثق والاكتفاء بحضورها قبضه بلا قصد توثق ، وفي كلام غير واحد من الشيوخ تقييدها به . اللخمي إن اختلفا في رده وكان أخذه بغير بينة كان القول قوله مع يمينه وإن كان ثقة ، لأن رب المال يدعي عليه التحقيق ، وإن أخذه ببينة فلا يقبل قوله هذا قوله في المدونة .

(تنبيهات)

الأول : الحط هذا أي تصديق العامل في الرد إذا ادعى أنه رد جميعه أو رد بعضه وكان الباقي لا يفي برأس المال ، وإنما يفي بما رده . وأما لو كان الباقي يفي برأس المال لكان القول قول رب المال ما دام في المال ربح ، ففي المدونة إن قال العامل رددت إليك رأس مالك ، والذي بيدي ربح . وقال رب المال لم تدفع إلي شيئاً صدق رب المال ما دام في المال ربح ، وعلى العامل البينة . ابن يونس حكى عن القابسي أنه قال ذلك إذا قال ما في يدي هذا ربح بيني وبينك ، لأنه أقر أن حق رب المال قائم بيده بعد ، وأما لو قال رددت إليك المال وحصتك من الربح ، وما في يدي حصتي من الربح لكان القول

قول العامل إذا كان قبضه بغير بينة كالو لم يكن . في المال ربح فادعى أنه رده إلى صاحبه لكان القول قوله بيمينه اه .

وقال اللخمي بعد كلامها وينبغي أن يقبل قوله ، وكذلك إذا قال هذا ربحي ، وكالو قال رددت بعض رأس المال ، ولا فرق بين قوله رددت بعض رأس المال أو جميعه دون الربح أو لم أربح شيئاً أو ربحت وسلمت لك رأس مالك وربحك ، وقد قال مالك رضي الله تعالى عنه في كتاب محمد في المساقي يقول بعد جذاذ الثمرة دفعت إليك نصيبك فالقول قول العامل ، وإن كان يقول هذا الذي في يدي نصيبي فكذلك القراض ا ه ابن عرفة بعد ما تقدم ، ففي قبول دعوى العامل رد المال مقراً ببقاء ربح بيده . ثالثها إن ادعى رد حظ رب المال منه للخمي ولها وللقابسي ا ه . الجزولي من قال رددت إليك ما وكلتني عليه وعلى بيعه أو دفعت اليك ثمنه أو وديعتك أو قراضك فالقول قوله إلا أن يقول رددت إليك رأس المال ، والذي بيدي ربح بيني وبينك ، وقال رب المال لم تدفع لي شيئاً صدق رب المال ما دام في المال ربح ، وعلى العامل البينة وهذا نص ما في المدونة ا ه .

(الثاني) : الحط لو ادعى العامل أنه لم يعمل بالمال ، فالظاهر أن القول قوله بيمين ، ولم أر الآن فيه نصاً ، والله أعلم .

(الثالث) : حكم المبضع معه في دعوى الرد والتلف حكم المقارض ، والله أعلم .

(أو قال) العامل هو (قراض بجزء) من ربحه (و) قالَ (ربه) أي المال هو (بضاعة بأجر) معلوم كعشرة ، فالقول للعامل بيمينه ، وله أخذ الجزء الذي ادعاه إن أشبه ، فإن نكل حلف رب المال ودفع الأجر . فيها إن قال العامل قراضاً وقال ربه بل أبضعتكه لتعمل به فالقول قول رب المال بيمينه . بعض القرويين إن كان أمرهم أن للبضاعة أجراً ، فالأشبه كون القول قول العامل (وعكسه) بان قال العامل بضاعة باجر

أَوِ ٱدَّعَى عَلَيْهِ ٱلْغَصْبَ ، أَوْ قَالَ أَنْفَقْتُ مِنْ غَيْرِهِ ، وَفِي جُزْءِ الرِّبْحِ إِنِ ٱدَّعَى مُشْبِهاً ، وَٱلْمَالُ بِيَدِهِ وَدِيعَةٌ ، وَإِنْ لِرَبِّهِ ،

وربه قراضاً بجزء القول فيه للعامل أيضاً. اللخمي إن قال العامل بضاعة باجره وصاحب المال قراضاً كان القول قول العامل مع يمينه ..

(أو ادعى) رب المال على من بيده المال (الغصب) أو السرقة للمال الذي بيده وقال من بيده المال دفعته لى قراضاً . عمل فيه بجزء من ربحه، فالقول لمن بيده المال ، إذ الأصل عدم الغصب . ابن الحاجب إن قال العامل قراضاً وقال رب المال بل غصبته فلا يصدق ، وقيل إلا أن يشبه .

ابن عرفة لم أعرف نص هذا الفرع ويقرب منه قولها إن قال لصانع استعملتني هذا المتاع وقال ربه سرقته مني فالقول قول الصانع ، فان كان ممن لا يشار اليه بذلك عوقب رب الثوب وإلا فلا يعاقب .

(أو قال) العامل قبل المفاصلة (أنفقت) على نفسي في سفري للتجر جمال القراض (من غيره) أي المال لأرجع به على المال ، وقال ربه أنفقت منه فالقول للعامل ، وله الرجوع به في المال ، سواء ربح المال أو خسر ، وسواء كان المال عيناً أو سلماً . فيها إن قال أنفقت في سفري من مالي مائة درهم لأرجع في مال القراض صدق ولو خسر ويرجع بها فيه إن أشبهت نفقة مثله ، وإن ادعى بعد المقاسمة فلا يصدق .

(و) إن تنازع رب المال والعامل (في) قدر (جزء الربح) بعد العمل فالقول للعامل بيمينه (إن ادعى) العامل قدراً (مشبهاً) بضم فسكون فكسر ، أي مماثلا ما يقارض به مثله في بلده . الباجي سواء ادعى رب المال مشبهاً أيضاً أم لا (و) إن كان (المال بيده) أي العامل حين تنازعهما في قدر جزء ربحه حساً أو معنى بأن كان (وديعة) لأجنبي ، بل (وإن) كان وديعة (لربه) أي عند رب المال .

ابن الحاجب القول قول العامل في جزء الربح إن أتى بما يشبه والمال بيده أو وديعة ولو عند ربه . اللخمي إن اختلفا في الجزء فقال العامل أخذته على النصف ، وقال ربه على

وَلِرَبِّهِ إنِ ٱدَّعَى الشَّبَهَ فَقَطْ ، أوْ قالَ قَرْضٌ فِي قِراضٍ ، أوْ وَدِيعَةٍ أو فِي جُزْءٍ قَبْلَ ٱلعَمَلِ مُطْلَقاً ، وإنْ قالَ وَدِيعَةٌ ضَمِنَهُ ٱلعامِلُ ، إنْ عَمِلَ ،

الثلث ،فان كان لم يعمل فالقول قول رب المال لأن له أن ينتزعه منه ،وإن أحب العامل أن يعمله على الثلث عمل أورده ، فإن اختلفا بعد العمل وفي المال ربح كان القول قول العامل إذا كان المال في يديه أو سلمه على وجه الايداع حتى يتفاصلا فيه ، لأن تسليمه على هذه الصفة ليس بتسليم ، وإن سلم المال ليتصرف فيه ربه ويكون جزء الربح سلفاً عنده كان القول قول رب المال أنه على الثلث .

(و) القول (لربه) أي المال في قدر الجزء بيمينه (إن ادعى) ربه (الشبه) بفتح الشين والموحدة أي جزءاً مشبها للمعتاد (فقط) أي دون العامل . وإن ادعيا معاً مالاً يشبه حلفا وردا إلى قراض المثل ونكولهما كحلفهما ، ويقضى للحالف على الناكل .

(أو قال) رب المال (قرض) بفتح القاف وسكون الراء اي سلف (في)قول العامل (قراض او وديعة) فالقول لربه .فيها لابن القاسم رحمه الله تعالى إن أخذ رجل من رجل مالا وقال هو بيدي وديعة او قراض ، وقال ربه بل أسلفتكه فالقول قول رب المال بيمينه ، لأن العامل قد أقر ان له قبله مالا وادعى انه لا ضمان عليه فيه . ولو قال ربه قراضا وقال العامل بل سلفاً صدق العامل ، لأن رب المال مدع ههنا في الربح فلا يصدق .

(او) تنازعا (في) قدر (جزء) من الربح (قبل العمل) فالقول لرب المال (مطلقاً) عن التقييد باتيانه بما يشبه تقدم شاهده في كلام اللخمي (وإن قال) رب المال أعطيتك المال (وديعة) عندك وقال العامل قراضاً (ضمنه) اي المال (العامل إن عمل) اي صار معرضاً لضمانه إن تلف او خسر لدعواه . ان رب المال اذن له في تحريكه ، والأصل عدمه ، فان لم يعمل وضاع المال او تلف فلا يضمنه لا تفاقهما على انه كان امانة

وَلِمُدَّعِي الصِّحَّةِ وَمَنْ هَلَكَ وَقِبَلَهُ : كَقِرَاضٍ أُخِذَ ، وَإِنْ لَمْ يُوجَدْ وَحَاصَّ غُرَمَاءَهُ ، وَتَعَيَّنَ بِوَصِيَّةٍ ، وَقُدِّمَ صَاحِبُهُ فِي الصِّحَّةِ وَالْمَرَضِ ،

لاشتراك القراض والوديعة في ذلك . ابن الحاجب إن قال رب المال وديعة ضمنها العامل بعد العمل لا قبله .

(و) إن تنازعا في صحة القراض وعدمها فالقول (لمدعي الصحة) سواء كان رب المال أو العامل . فيها إن ادعى أحدهما مالاً يجوز كدعواه أن له من الربح مائة درهم ونصف ما بقي صدق مدعى الحلال منهما إن أتى بما يشبه .

(ومن هلك) أي مات في سفر أو حضر (وقبله) بكسر القاف وفتح الموحدة أي عنده (كقراض) أي مال يتجر فيه بجزء من ربحه ، وادخلت الكاف الوديعة والبضاعة والعارية واللقطة ولم يعلم أنه رده ، ولم يدع تلفه ووجد بعينه مكتوبا عليه بخط الميت أو ربه أن هذا قراض او بضاعة او وديعة او عارية فلان او لقطة او شهدت بينة بذلك (اخذ) بضم فكسر من تركته ، بل (وإن لم يوجد) لاحتمال انفاقه على نفسه وصيرورته ديناً في ذمته .

(و) إن كان عليه ديون ولم تف تركته بها (حاص) صاحب القراض ونحوه (غرماءه) اي الميت ، وظاهر إطلاقه ضمان القراض ونحوه ولو طال الزمان ، وقدم في باب الوديعة ان ضمانها مقيد بعدم الطول (وتعين) بفتحات مثقلاً القراض ونحوه (بوصية) بان هذا المال قراض او وديعة او بضاعة او عارية فلان (وقدم) بضم فكسر مثقلاً صاحبه على اصحاب الديون فليس لهم محاصته فيه ، سواء كانت ديونهم ثابتة ببينة أو إقرار ، وسواء كانت الوصية (في الصحة والمرض) فيها ومن أقر بوديعة بعينها او بقراضه بعينه في مرضه وعليه دين ببينة في صحته أو باقراره في مرضه ، هذا قبل إقراره بذلك أو بعد فلرب الوديعة والقراض أخذ ذلك بعينه دون غرمائه ، وإن لم يعينها وجب التحاصص بها مع غرمائه .

ولاَ يَنْبَغِي لِعامِلٍ : هِبَةٌ ، وتَوْلِيَةٌ ، ووَسِعَ أنْ يَأتِي بِطَعامٍ كغَيْرِهِ ، إنْ لَمْ يَقْصِدِ التَّفضُّلَ ، وإلَّا فَلْيَتَحَلَّلْهُ ،

(تنبيهات)

الأول : تت لم يذكر تقييد الوصية بالقراض والوديعة بكونها لمن لا يتهم في الايصاء له مع قول ابن رشد أنه تقييد صحيح لا اختلاف فيه ، إما لوضوحه أو استغناء بما تقدم في الاقرار .

الثاني : ابن عاشر قوله في الصحة الخ الظاهر تعلقه بوصية . البناني وهو ظاهر .

الثالث : طفي قوله وتعين بوصية الخ أي في مرضه ، إذ هي مفروضة كذلك ، ففيها وإن أقر بوديعة بعينها أو قراض بعينه في مرضه وعليه دين ببينة في صحته أو باقرار في مرضه ، هذا قبل إقراره بذلك أو بعده فلرب الوديعة أو القراض أخذ ذلك بعينه دون غرمائه ا هـ ، وعلى هذا الفرض يأتي التقييد بمن لا يتهم عليه كما قيدها به أبو الحسن فقال قوله أو باقراره في مرضه يريد لمن لا يتهم عليه ا هـ ، وفيها في كتاب الوديعة وإن قال عند موته هذا قراض فلان وهذه وديعة فلان فإن لم يتهم صدق ا هـ . أما الاقرار في الصحة فيقبل مطلقاً إن كان غير مفلس ، وعلم من كلامها أن قول المصنف في الصحة والمرض متعلق بمحذوف لا يقدم أي قدم على الديون الثابتة في الصحة أو المرض ، وبهذا قرر في توضيحه كلام ابن الحاجب الذي هو كعبارته هنا ا هـ ، والظاهر تقرير ابن عاشر ، والله أعلم .

(ولا ينبغي) أي لا يجوز (لعامل) في مال القراض (هبة) لشيء من مال القراض (أو تولية) أي بيع سلعة من سلع القراض بمثل ثمنها بلا ربح إذا لم يخف من بيعها بناقص عنه لتفويته حصة رب المال من ربحها (ووسع) بفتحات مثقلا الإمام مالك رضي الله تعالى عنه ، أي جوز للعامل (أن يأتي) عامل القراض (بطعام) من مال القراض ليأكله مع غيره (كـ) طعام (غيره) أي العامل الآكل معه (إن لم يقصد) لعامل (التفضل) أي الزيادة على من يشاركه في الطعام (وإلا) أي وإن قصد التفضل

فَإِنْ أَبى : فَلْيُكافِئْهُ .

بطعام أفضل مما أتى به غيره (فليتحلله) أي يطلب العامل من رب المال أن يسامحه ويجعله في حل .

(فإن) سامحه فهو المطلوب وإن (أبى) تحليله (فليكافئه) أي يعطه عوض ما تفضل به . « ق » فيها للإمام مالك رضي الله تعالى عنه ليس للعامل أن يهب من مال القراض شيئاً ولا يولي ولا يعطي عطية ولا يكافىء منه أحداً ، فإما أن يأتي بطعام إلى قوم ويأتون بمثله فأرجو أن يكون ذلك له واسعاً إذا لم يتعمد أن يتفضل عليهم ، فإن تعمده بغير إذن صاحبه فليتحلل صاحبه ، فإن حلله فلا بأس به ، وإن أبى فليكافئه بمثله إن كان شيئاً له مكافأة . ابن عرفة في الموطأ وقرره الباجي بقوله إن اجتمع مع رفقائه فتجاؤوا بطعام على ما يتخارجه الرفقاء في السفر فذلك واسع ، وإن كان بعضه أكثر من بعض ما لم يتعمد أن يتفضل عليهم بأمر مستنكر ، وإن كان منهم من يأكل في بعض الأوقات أكثر من صاحبه ومن يصوم في يوم دون رفقائه فذلك جائز ، وكذلك إذا أخرج كل واحد منهم بقدر ما يتساوى فيه ثم ينفقون منه في طعام وغيره مما تلجئهم الحاجة إليه ، وذلك لأن انفراد كل إنسان بتولي طعامه يشق عليه ويشغله عما هو مسافر بسببه من أمر تجارة . ابن عرفة وكذلك غير المسافرين ، قاله بعض من لقيت ، وهو واضح . وسمع ابن القاسم لا بأس على العامل في إعطائه السائل الكسرة ، وكذا القرات ، ابن رشد لأنه من اليسير الذي لا يتشاح في مثله ، وكذا الوصي يعطي السائل من مال يتيمه ، وأصله قول الله تعالى ﴿ أو ما ملكتم مفاتحه ﴾ الآية والله سبحانه وتعالى أعلم .

* * *

« بـاب »

إِنَّمَا تَصِحُّ مُسَاقَاةُ

(باب)

في بيان أحكام المساقاة

(إنما تصح) أي توافق الحكم الشرعي (مساقاة) مشتقة من السقي ، لأنه غالب عملها وهو من العامل فقط فهي من المستعمل في فعل فاعل واحد كسافر وعافاه الله تعالى ، وهو قليل ، والكثير استعماله في فعل فاعلين عليها كالمشاركة والمقاصة ، وهي رخصة مستثناة من الإجارة بمجهول وكراء الأرض بما يخرج منها إن اشتملت على بياض ، أي أرض خالية يزرعها العامل وبيع الثمرة قبل بدو صلاحها ، بل قبل وجودها وبيع الغرر. ابن عرفة المساقاة ، عقد على عمل مؤنة النبات بقدر لا من غير غلته لا بلفظ بيع أو إجارة أو جعل فيدخل قولها لا بأس بالمساقاة على أن كل الثمر للعامل ومساقاة البعل اهـ .

الحط يبطل طرده بعقدها بلفظ عاملتك لأنها ليست بمساقاة عند ابن القاسم . « غ » في تكميله انظر هل يبطل طرده بالمساقاة بكيل معلوم لاندراجه في القدر . البناني لو قال بدل قوله بقدر ببعض غلته أو كلها لكان أحسن . ابن عرفة وفيما تلزم به أربعة أقوال . الأول العقد . الثاني الشروع . الثالث حوز المساقي فيه . الرابع أولها لازم وآخرها كالجعل ، والأول نقل الأكثر عن المذهب ، وهو مذهب المدونة . اللخمي هي مستثناة من بيع الثمر قبل بدو صلاحه والغرر ، لأنه إن أصيبت الثمرة كان عمله باطلاً مع انتفاع رب الحائط به والجهل بقدر الحظ وربا الطعام نسيئة إن كان في الحائط حيوان يطعمه العامل ، ويأخذ عوضه طعاماً . ابن عرفة والدين بالدين لأن عمله في الذمة وعوضه متأخر . ابن شاس ومن المخابرة وهو كراء الأرض بما يخرج منها إن كان فيها بياض يزرعه العامل .

(تنبيهان)

الأول : نظر طفي في جعل المساقاة لما كان من فاعل واحد بأن الأصل في فاعل اقتسام الفاعلية والمفعولية وهي المشاركة، وورده للواحد قليل محصور عند النحاة ، إما لموافقة أفعل ذي التعدي نحو عاليت رحلي على الناقة وأعليته، أو لموافقة فعل نحو جاوزت الشيء وجزته ، وواعدت زيداً ووعدته، أو للاغناء عنهما كقاموا وبارك الله ، ومنه سافر عند من لم يثبت سفراً ، ومع ذلك فهو موقوف على السماع فليس لنا استعماله في غير المفاعلة إلا بسماع ، فلا يستعمل ضارب بمعنى ضرب ، ومنه ساقى فيتعين الجواب بأنه باعتبار العقد من الجانبين .

الثاني : مصب الحصر الشروط أو الشجر بقيد محذوف أي لا تصح صحة مطلقة عن شرط عجز ربه إلا في الشجر (شجر) ذي أصل ثابت تجنى ثمرته وتبقى أصوله ، وشمل الشجر النخل إن كان الشجر يحتاج لسقي ، بل (وإن كان بعلاً) بفتح الموحدة وسكون العين المهملة أي لا يحتاج لسقي لشربه بعروقه من نداوة الأرض كشجر الشام وأفريقية فيها لا بأس بمساقاة النخل ، وفيها ما لا يحتاج إلى سقيه كمساقاة شجر البعل لأنها تحتاج إلى عمل ومؤنة . المتيطي يجوز أن يجمع بين شجر البعل والسقي على جزء واحد ، وقد كان في خيبر البعل والسقي وكانت على سقاء واحد (ذي ثمر) بفتح المثلثة والميم . عياض من شروط المساقاة أنها لا تصح إلا في أصل يثمر أو ما في معناه من ذوات الأزهار والأوراق المنتفع بها كالورد والآس فلا تصح المساقاة فيما لا يثمر أصلاً كالصفاف والأثل والصنوبر ، ويشترط كونه يثمر في عامه فلا تصح في الودي الذي لا يثمر في عامه إلا إذا كان قليلاً تابعاً لما يثمر في عامه ، فتجوز المساقاة في الحائط ، وفيه ما لا يثمر في عامه ويكون ما لا يثمر في عامه تابعاً لما يثمر فيه كما يفهم من كلام المتقي فقول المصنف إلا تبعاً راجع لهذه أيضاً ، أفاده الحط (لم يحل بيعه) أي الثمر فإن حل بيعه فلا تصح مساقاته .

فيها للإمام مالك رضي الله تعالى عنه المساقاة في كل ذي أصل من الشجر جائزة ما لم

يحل بيع ثمرها على ما يشترط من ثلث أو ربع أو أقل أو أكثر ، ويجوز على أن للعامل جميع الثمرة كالربح في القراض . وفي الموطأ مساقاة ما حل بيعه كالاجارة . وقال سحنون في مساقاة ما حل بيعه هي إجارة جائزة . ابن يونس لجواز بيع نصفه ، ولأن ما يجوز بيعه تجوز الاجارة به اﻫ . « ق » الحط احترز مما حل بيعه بان أزهى بعض الحائط فلا تصح مساقاته ، ففيها وإن أزهى بعض الحائط فلا تجوز مساقاة جميعه لجواز بيعه . ابن ناجي تسامح في قوله مساقاة جميعه ، ومراده مساقاة شيء منه ، إذ لا ضرر على ربه في عدمها لجواز بيعه ، وهذا هو المشهور . وقال سحنون تجوز مساقاته اﻫ .

قلت ينبغي أن لا تجوز المساقاة في الحائط الذي لم يزه ثمره إذا أزهى ما يجاوره من الحوائط لجواز بيعه بازهاء مجاوره ، وإذا عمل رب الحائط في حائطه مدة ثم ساقى عليه قبل إثماره أو بعده وقبل حل بيعه جاز ، بشرط أن لا يرجع على العامل باجرة سقيه ولا بشيء منها قاله في سماع اشهب . ابن رشد فإن ساقاه بعد أن سقى أشهراً على أن يتبعه بما سبق فإنه يرد إلى أجرة مثله . .

(ولم يخلف) الشجر بضم التحتية وسكون الخاء المعجمة وكسر اللام ، أي لا يثمر ثمرة ثانية قبل جذ الثمرة الأولى في عامه . الحط احترز به مما يخلف كالبقول والقضب بالضاد المعجمة والموز والقرط بضم القاف وبالطاء المهملة قاله في المدونة . اللخمي والكرات وكل ما ليس بشجر ، وإذا جز أخلف فلا تجوز مساقاته ، وإن عجز ربه عن عمله قاله في المدونة . والفرق بين البصل والكراث أن البصل جرت العادة فيه بقلعه باصوله ، والكراث جرت العادة فيه بجزه وإبقاء أصوله في الأرض لتخلف (إلا) أن يكون ما لا يثمر ، وما حل بيع ثمرها يخلف ثمره (تبعاً) لما يثمر ولما لم يحل بيع ثمره وما لا يخلف فتجوز المساقاة في الجميع . « غ » ينبغي أن يكون منطبقاً على قوله لم يحل بيعه ولم يخلف . أما الثاني فظاهر من لفظه لاتصاله به وهو منصوص في الموز في رسم سن من سماع ابن القاسم من كتاب المساقاة ، ونصه سهل مالك رضي الله تعالى

عنه عن الرجل يساقي النخل ، وفيها شيء من الموز الثلث فدونه فقال إني أراه خفيفاً .

سحنون إن كان الموز يساقى مع النخل جاز ، وإن اشترطه العامل فلا يجوز . ابن رشد قول سحنون مفسر لقول مالك رضي الله تعالى عنهما . وفيها للامام مالك رضي الله تعالى عنه لا بأس أن يساقي الحائط وفيه من الموز ما هو تبع قدر الثلث فأقل ، ولا يكون لأحدهما ويكون بينهما على سقاء واحد مثل الزرع الذي مع النخل ، وهو تبع لها كما قال ابن القاسم . وأما الأول فهو الذي تعرض له ابن الحاجب قال ويغتفر طيب نوع يسير منه ، أي إذا كان في الحائط أنواع مختلفة حل بيع بعضها وكان الذي أزهى منه الأقل جازت المساقاة وإلا فلا تجوز فيه ولا في غيره ، حكاه الباجي عن الموازية ، وحكى اللخمي عنها المنع .

ابن عبد السلام لعل معناه إذا كان كل مما طاب وما لم يطب كثيراً وقبله في التوضيح ، وزاد أما لو كان الحائط كله نوعاً واحداً وطاب بعضه فلا تجوز مساقاته لأنه يطيب بعضه حل بيعه ، قاله ابن يونس وغيره ، وعنه احترز ابن الحاجب بقوله نوع ، وجزم ابن عرفة بأن نقل الباجي خلاف نقل اللخمي .

ومن شروط صحة المساقاة كونها (بجزء) من ثمر الشجر (قل) الجزء كربع عشر أو كثر كتسعة أعشار (شاع) الجزء في جميع الثمرة . عياض شرطها أن تكون بجزء مشاع مقدر (وعلم) بضم فكسر الجزء ، أي علمت نسبته لجميع الثمرة كثلثها . الحط لا مفهوم لقوله بجزء وإنما نبه به على أنها لا تجوز بكيل مسمى من الثمرة فتجوز المساقاة بجميع الثمر للعامل قاله في المدونة وغيرها . ابن ناجي وظاهر كلامها أنها مساقاة حقيقة ، ويجبر العامل على العمل أو يستأجر من يعمل إلا أن يقوم دليل على إرادة الهبة لقلة المؤنة وكثرة الثمرة . اللخمي وهو مقتضى رواية ابن حبيب . وقال التونسي هي الهبة وإن انتفع ربها بسقي أصوله ولو مات قبل الحوز بطلت . اللخمي ومتى أشكل الأمر حمل على

المعاوضة لقوله أساقيك ورب الحائط أعلم بمنافعه ومصلحة ماله .

وفي المقدمات تجوز على أن الثمرة كلها العامل بعمله . وقيل هي منحة فتفتقر إلى حيازة وتبطل بالموت قبله وهذا بعيد ا هـ . قلت وأما عكسه فظاهر جوازه وهو كون الثمرة كلها لرب الحائط ، لأن العامل تبرع بعمله ، ويشترط في الجزء أن لا يختلف في أصناف الثمرة بأن يكون بنصف بعضها وثلث صنف آخر مثلاً . ابن عرفة والحائط المختلف أنواع شجره مختلطاً كمتحد . اللخمي واختلاف ثمرته بالجودة والرداءة كتساويها وتعدد الحوائط وثمرها سواء في الجودة والرداءة والعمل أو تقاربها كواحدة ا هـ .

وإنما تصح المساقاة (ب) مادة (ساقيت) في المقدمات المساقاة أصل في نفسها فلا تنعقد إلا بلفظ المساقاة على مذهب ابن القاسم ،فلو قال رجل استأجرتك على عمل حائطي هذا بنصف ثمرته ، فلا تجوز على مذهبه ، كما لا تجوز الاجارة عنده بلفظ المساقاة ، وذلك بين من قوله في الكتاب إذا ساقاه في ثمر حائط قد طاب بعضها فلا يجوز ، وأجازها سحنون ، وجعلها إجارة . ولمالك في الموازية مثله ، وكلام ابن القاسم أصح ا هـ . الحط وعلى قول سحنون اقتصر ابن شاس وابن الحاجب فقال الصيغة مثل ساقيتك أو عاملتك على كذا ، فيقول قبلت وما في معناه من قول أو فعل اهـ .

عياض لا تنعقد إلا بلفظ المساقاة على مذهب ابن القاسم ، فلو قال استأجرتك على عمل حائطي أو سقيه بنصف ثمرته أو ربعها فلا تجوز حتى يسمياها مساقاة . وفي الشامل وصحت بلفظها لا بعاملت خلافاً لسحنون ، ونحوه للمتيطي وضيح وغيرهما ، واقتصر ابن عرفة على كلام ابن رشد في البيان والمقدمات ، وفيه تصحيح قول ابن القاسم .

(ولا) تصح المساقاة بشرط (نقص) أي إخراج (من في الحائط) يوم عقد المساقاة من رقيق ودواب ربه وإتيان العامل بخلفهم من ماله (ولا) تصح باشتراط (تجديد) لم يكن فيه يوم المساقاة كبئر وعبيد ودواب من العامل على رب الحائط إلا اليسير ، كدابة في حائط كبير . فيها للإمام مالك رضي الله تعالى عنه لا ينبغي لرب

الحائط أن يساقيه على أن ينزع ما كان فيه من غلمان أو دواب فيصير كزيادة شرطهما ، إلا أن يكون قد نزعهم قبل ذلك . قال وما لم يكن في الحائط يوم عقد المساقاة لا ينبغي أن يشترطه العامل على رب الحائط إلا ما قل ، كغلام أو دابة في حائط كبير ، ولا يجوز ذلك في حائط صغير . الحط يعني أنه يشترط في صحة المساقاة أن لا يخرج رب الحائط ما فيه من دواب وعبيد وأجراء وآلة يوم عقدها وما كان فيه من رقيق ودواب لربـــه ، فللعامل اشتراطهم فيها ، ولا ينبغي لرب الحائط أن يساقيه على أن ينزع ذلك منه فيصير كزيادة شروطها عليه إلا أن يكون قد نزعهم قبل ذلـــك ، ثم قال فيها وكشرط رب الحائط إخراج رقيقه ودوابه منه فلا يجوز ، فإن نزل ذلك فللعامل أجرة مثله والثمرة لربها أبو الحسن معنى لا ينبغي المنع بدليل التعليل وقوله الا أن يكون قد نزعهم استثناء منقطع اه .

ابن ناجي لا ينبغي على التحريم التعليل ، وصرح به عبد الحق . الحط وآخر كلامهـا صريح في أنه على التحريم لجعله ذلك مما تفسد المساقاة به . ابن نافع ويحيى إذا كـان في الحائط رقيق فلا يدخلون إلا بشرط ، ووجه الأول أنه ﷺ لما ساقى أهل خيبر لم يخرج شيئاً مما في الحوائط قاله في التوضيح . وفي الأم إن لم يشترطهم العـــامل وأراد المالك إخراجهم قال قال مالك أما عند معاملته واشتراطه فلا ينبغي إخراجهم ، وإن كان أخرجهم قبل ذلك فلا بأس وهـــل هو مطلق للاختلاف فيه أو مقيد بعدم قصد إخراجهم من المساقاة ، كمن أراد طلاق زوجته فأخرجها من مسكنها لتعتد خارجه .

أبو حفص العطار إن أراد أن يساقي حائطه فأخرجه ثم أقبل يسوم به فلا بأس ، إنما الذي لا يجوز إخراجهم عند إرادة عقدها مع من تكلم معه فيه . الحط هذا الذي يفهم من المدونة ، ويشترط في صحة المساقاة أيضاً أن لا يشترط العامل على رب الحائط أن يجدد دواب وأجراء لم تكن فيه حين العقد ، فإن شرط ذلك فسدت المساقاة إلا أن يكون يسيراً ، كدابة أو غلام في حائط كبير فذلك جائز ، وسيذكره المصنف في الجائزات ،

فإطلاقه هنا يقيده ما سيأتي فيها ، وما لم يكن في الحائط يوم العقد فلا ينبغي أن يشترطه العامل على رب الحائط إلا ما قل ، كغلام أو دابة في حائط كبير ، ولا يجوز شرطه في صغير ورب حائط تكفيه دابة واحدة لصغره فيصير كاشتراط جميع العمل على ربه ، وإنما يجوز اشتراط ما قل فيما كثر ، ولا يجوز للعامل أن يشترط على رب الحائط دواب أو رقيقاً ليسوا في الحائط . أبو الحسن معنى لا ينبغي لا يجوز. ابن ناجي لا ينبغي على التحريم بدليل ما بعده ، وأصرح منه قوله لا يجوز هذا هو المشهور. ابن نافع لا بأس أن يشترط من الرقيق ما ليس فيه . اللخمي هذا أقيس .

(ولا) يصح عقد المساقاة بشرط (زيادة) من غير الثمرة كعين أو عرض أو منها معيناً كوسق (لأحدهما) أي رب الحائط والعامل على الآخر. عياض ولا يشترط أحدهما من الثمرة ولا من غيرها شيئاً معيناً خاصاً لنفسه . أورد البساطي أنه يلزم من التحديد الزيادة ، أي فاشتراط عدم شرطه أغنى عن اشتراط عدم الزيادة ، وأجاب بأن نفيه لا يستلزم نفيها فينتفي مع ثبوتها في شرط عمل العامل في حائط آخر لرب الحائط المساقي عليه .

(وعمل) عامل المساقاة (جميع ما) أي العمل الذي (يفتقر) أي يحتاج الحائط (اليه عرفاً) بضم فسكون ، أي في عرف وعادة أهل البلد ، ولا يشترط تفصيله لقيام العرف مقام الوصف . فان لم يكن لهم عرف فلا بد من وصفه من عدد حرث وسقي ماء وسائر الأعمال قاله الباجي . فيها للإمام مالك «رض» جميع العمل والنفقة وجميع المؤنة على العامل وإن لم يشترط ذلك عليه . عياض من الشروط أن يكون العمل على العامل . الحط في أكثر النسخ عمل بصيغة الفعل الماضي من العمل والعامل فاعله وجميع مفعوله . وفي بعض النسخ وعلى العامل بجر العامل بعلى ورفع جميع على أنه مبتدأ تقدم خبره ، والمعنى واحد على أن على أبين في الدلالة على اللزوم فيها وجه العمل في المساقاة أن جميع العمل والنفقة وجميع المؤنة على العامل وإن لم يشترط ذلك عليه اه ، يعني جميع العمل

الذي تفتقر اليه الثمرة وينقطع بانقطاعها أو يبقى بعدها منه الشيء اليسير،ففي المقدمات عمل الحائط الذي لا يتعلق باصلاح الثمرة لا يلزم العامل ولا يصح اشتراطه عليه إلا اليسير كسد الحظير وإصلاح الضفيرة ، وإن تعلق باصلاح الثمرة وكان ينقطع بانقطاعها ويبقى بعدها منه الشيء اليسير فهذا الذي يلزم الساقي كالحظر والسقي وزبر الكروم وتقليم الشجر والتسريب والتسديد وإصلاح مواضع السقي والتذكير والجذاذ وما أشبه ذلك . وإن كان يتأبد ويبقى بعد انقطاع الثمرة كإنشاء حفر بئر أو انشاء ضفيرة أو إنشاء غراس أو بناء بيت تجنى فيه الثمرة كالجرين وما يشبه ذلك يلزم العامل ، ولا يجوز اشتراطه عليه عند المساقاة . ابن الحاجب لا يشترط تفصيل العمل ويحمل على العرف . ابن عبد السلام لعل مراده إن كان العرف منضبطاً وإلا فلا بد من البيان .

(كإبار) بكسر الهمز وشد الموحدة ، أي تأبير النخل بتعليق ثمر الذكر ووضعه على ثمرة الأنثى . عياض الإبار والتلقيح والتذكير بمعنى واحد . وفي الصحاح إبار النخل تلقيحه ، يقال نخلة مؤبرة مثل مأبورة ، والإسم منه الإبار على وزن الإزار ا ه ، والجاري على الألسنة التشديد وهو جائز . الزمخشري في قوله تعالى ﴿ وكذبوا بآياتنا كذاباً ﴾ ٢٨ النبأ فعال في باب فعل فاش في كلام فصحاء العرب لا يقولون غيره،وسمعني بعضهم أفسر آية فقال لقد فسرتها فسارا ما سمع بمثله.وقال بعضهم هي لغة يمانية وفيها لا بأس باشتراط التلقيح على رب الحائط ، فان لم يشترط عليه فعلى العامل . اللخمي اختلف قول الامام مالك رحمه الله تعالى في الابار فجعله مرة على رب الحائط ومرة على العامل،فتأول بعضهم ذلك على أن على رب الحائط الشيء الذي يلقح به ، وعلى العامل العمل . اللخمي وليس بالبين وحمله بعضهم على الخلاف .

(و) ك (تنقية) لعين ومنافع شجر قاله تت. طفي الصواب حمله على تنقية الحياض التي حول الشجر لا على تنقية العين ، لأنه سيأتي إن كنس العين على رب الحائط ، ويجوز اشتراطها على العامل وإن كان المراد هنا غير الكنس فلا مستند له ، إذ لم ير من ذكر ذلك .

فان قلت كنس الحياض أي تنقيتها سوى في المدونة بينه وبين كنس العين في كونها على رب الحائط إلا لشرط، ففيها وإنما يجوز لرب الحائط أن يشترط على العامل ما تقل مؤنته مثل سرو الشرب ، وهي تنقية ما حول النخل من مناقع الماء ، وخم العين وهو كنسها ا هـ . قلت المصنف تبع ابن الحاجب التابع لابن شاس القائل وعلى العامل السقي والإبار والتقليم وسرو الشرب وهي تنقية الحياض التي حول الشجر ، ثم قال فأما سد الحظار وخم العين وهو كنسها ورم القف وهو الحوض الذي يسقط فيه ماء الدلاء ثم يجري منه الى الضفيرة فلا يجب على العامل وإن جاز اشتراطه عليه ا هـ .

ويحتمل أن المراد بالتنقية تنقية النبات ، وهو ظاهر قول ابن الحاجب العمل هو القيام بما تفتقر اليه الثمرة من السقي والابار والتنقية والجذاذ . ابن عبد السلام في معنى السقي والتنقية الدراس . ابن فرحون يدخل في التنقية تنقية الحب ولقطه في الحصاد وتنقية الثمر يوم الجذاذ ا هـ ، وعلى كل حال فلا يصح تفسيرها بما ذكره تت تبعاً للشارح . عياض سرو الشرب بفتح السين المهملة وسكون الراء في الكلمة الأولى وفتح الشين المعجمة والراء في الكلمة الثانية الشربة الحفرة حول النخلة يجتمع الماء فيها يسقيها جمعها شربات وسروها كنسها مما يقع فيها .

(و) كـ (دوّاب وأجراء) بضم الهمز وفتح الجيم ممدوداً جمع أجير ، من المدونة والواضحة السنة في المساقاة أن على العامل جميع المؤنة والنفقة والأجراء والدواب والدلاء والحبال والأداة من حديد وغيره إلا أن يكون شيء من ذلك في الحائط يوم عقد المساقاة ، فللعامل الاستعانة به وإن لم يشترط .

(وأنفق) العامل على دواب الحائط ورقيقه فيها تلزمه نفقة دواب الحائط ورقيقه كانوا له أو لرب الحائط (وكسا) العامل رقيق الحائط المحتاج لكسوة . الحط يعني أن العامل يلزمه أن ينفق على الدواب والأجراء وأن يكسوهم سواء كانوا له أو لرب الحائط،

لاَ أُجرَةُ مَنْ كانَ فِيـهِ ،

هذا مذهب المدونة ، ففيها وعليه نفقة نفسه ونفقة دواب الحائط ورقيقه كانوا له أو لرب الحائط ، ولا يجوز أن يشترط نفقتهم أو نفقة نفسه على رب الحائط . ربيعة ولا بينهما ، ولا يكون شيء من النفقة في ثمرة الحائط ا هـ ، أبو الحسن قول ربيعـــة تفسير اللخمي في مختصر ما ليس في المختصر نفقة دواب رب الحائط عليـه (لا) يلزم العامل (أجرة من) أي الرقيق والـــدواب الذي (كان فيه) أي الحائط يوم عقد المساقاة .

الحط يعني أن حكم الأجرة يخالف حكم النفقة والكسوة فإنه إنما يلزم العامل أجرة من استأجره هو ، وأما من كان في الحائط عند عقد المساقاة فأجرته على ربه في التوضيح ، كذا في الواضحة ، وقيده اللخمي بما إذا كان الكراء وجيبة ، قال وإن كان الكراء غير وجيبة كان حكمه حكم ما لا أجراء فيه ، وخالف في ذلك البـاجي ، ورأى أن ذلك على رب الحائط ولو كان غير وجيبة ، قال هذا إذا كان مستأجراً لجميع العامل ، فإن كان مستأجراً لبعضه فلم أجد فيه نصاً ، وعندي أن عليه أن يستأجر من يتم العمل ، لأنه لو مات للزمه ذلك فكذلك إذا انقضت مدة إجارته ا هـ . وما ذكره عن الواضحه هو ظاهر المدونة ، ففيها ومـــا كان في الحائط يوم التعاقد من دواب ورقيق فخلف من مات منهم على رب الحائط ، وإن لم يشترط العامل ذلك ، وأن عليهم عمل العامل ولو شرط خلفهم على العامل فلا يجوز ، وليس فيها التصريح بأن الأجرة على رب الحائط كما قال الشارح ، وأمـا كلام اللخمي فمخالف لظاهرها لأنه إذا كان عليه خلف من مات من الأجر ، فذلك يقتضي أن الأجرة عليه سواء كانت وجيبة أو غيرها ، وكذلك إذا انقضت الإجارة في بعض العام فظاهرها أنه يلزمه إتمام الأجرة في بقية السنة أو استئجار شخص خلفه .

ابن ناجي ذكر الموت فيها طردي ، لقول اللخمي الإباق والتلف في أول العمل والموت قلت وقال اللخمي أيضاً لو أراد رب الحائط أن يخرج من فيه ويأتي بمن يعمـل عملهم فلا يكون للعامل فيه مقال والله أعلم .

أو خلَفَ مَنْ ماتَ ، أو مَرِضَ كما رَثَّ على الأصحِّ ؛

(أو خلف) بفتح الخاء المعجمة واللام أي تعويض (من مات) من رقيق الحائط ودوابه (أو) من مرض فليس على العامل ، بل على رب الحائط فيها لا يجوز للعامل أن يشترط على رب الحائط خلف ما أدخل العامل فيه من رقيق أو دواب إن هلك وأما ما كان في الحائط يوم التعاقد من دواب أو رقيق فخلف من مات منهم على رب الحائط وإن لم يشترط العامل ذلك ، وعليهم عمل العامل ، ولو شرط خلفهم على العامل فلا يجوز . ابن حبيب فإن شرط العامل على رب الحائط خلف ما أدخل العامل فيه أو شرط رب الحائط على العامل خلف ما هلك مما كان لرب الحائط فيه رد العامل في الوجهين إلى أجرة مثله . الباجي من مات من الرقيق والاجراء والدواب أو مرض أو منعه مانع من العمل ممن هو صاحب الحائط فعليه خلفه ، لأن العقد كان على عمل في ذمة صاحب الحائط ، ولكن تعين بهؤلاء بالتسليم واليد.

وشبه في لزوم العامل فقال (ك) خلف (مارث) بفتح الراء والمثلثة مشددة أي بلى وتقطع من الدلاء والحبال إذا فنيت في الزمن الذي يفنى فيه مثلها عادة فخلفها على العامل لا على ربها ، لأن لها وقتاً معلوما تفنى فيه ، بخلاف ضياعها وموت الدواب فخلفها على رب الحائط (على الأصح) عند الباجي من الخلاف . قال لو استعمل ما في الحائط من الحبال والآلة حتى خلق فعلى العامل خلفه ، ولو سرق فعلى رب الحائط خلفه قاله بعض شيوخنا . وقيل على رب الحائط خلفه في الوجهين ، والأول أظهر فالمناسب تقديم هذا عقب قوله وأنفق وكسا ، وقبل قوله لا أجرة من كان فيه لإيهام تأخيره انه تشبيه في عدم لزوم العامل ، وهذا وإن كان قولاً إلا أن الباجي لم يصححه فلا يصح تشبيه كلامه عليه .

« غ » في بعض النسخ لا مارث على الأصح بالنفي ، أي لا يلزم العامل خلف مارث ، وهذا صحيح ، وفي بعضها بالتشبيه وعلى هذا فمن حقه ذكره قبل قوله لا أجرة الخ ، الحط يعني إن كان في الحائط من حبال وأدلية وآلات وحديد ونحو ذلك عند عقد المساقاة ،

كَزَرْعٍ ، أو قَصَبٍ ، وبَصَلٍ ، ومَقْثَأَةٍ ، إنْ عَجَزَ رَبُّهُ ، وخِيفَ مَوْتُهُ ،

فإنه يكون للعامل ولا يجوز لرب الحائط إخراجه ، وما لم يكن في الحائط فعلى العامل الإتيان به ، فإذا رث ما كان في الحائط من الآلات أي بلي فهل يجب على ربه خلفه أو على العامل ذكر الباجي في ذلك قولين قال وكونه على العامل أظهر لأنه إنما دخل على أن ينتفع به حتى تهلك عينه وأمد انتهائها معلوم ، بخلاف العبد والدابة فإنه لا يعلم أمد هلاكهما ، وجزم اللخمي بأن خلفها على العامل ولم يحك خلافه فقوله كارث إن كان بكاف التشبيه كما في غالب النسخ حقه ذكره قبل قوله لا أجرة من كان فيه قاله « غ » لأنه مشبه بما هو على العامل خلف وإن كان بلا النافية فهو من المنفي قبله أي ليس على العامل خلف من مات أو مرض ممن كان فيه ، وعليه خلف مارث ، فلو سرق ما كان في الحائط من الآلات كان على رب الحائط إخلافها اتفاقا ، فإذا أخلفها ربه انتفع العامل بها قدر ما كان ينتهي إليه المسروق ، ثم اختلف فيه ، فمن قال إذا بلي يلزم ربه خلفه . قال يستمر العامل على الانتفاع به ، ومن قال الخلف على العامل قال لربه أن يأخذه ، والله أعلم .

وشبه في صحة المساقاة فقال (كـ) ساقاة (زرع وقصب) لسكر (وبصل ومقثأة) بفتح الميم وسكون القاف فمثلثة (إن عجز ربه) أي المذكور بعد الكاف عن عمله المفتقر إليه . الباجي أي عن عمله الذي يتم به أو ينمو أو يبقى وإن كان له مال . ابن رشد ما غير ثابت الأصل كالمقثأة والباذنجان والزرع والكمون وقصب السكر فلا تجوز فيه المساقاة حتى يعجز عنه ربه ، هذا مذهب الإمام مالك رضي الله تعالى عنه . ابن يونس وجه قول الإمام مالك رضي الله تعالى عنه أنه رأى أن السنة إنما وردت بالمساقاة في الثمار ، فجعل الزرع وما أشبهه أحط رتبة منها ، فلم يجزها فيه إلا عند شدة الضرورة التي هي سبب إجازة المساقاة ، وهو العجز عن القيام به وبعد خروجه من الأرض يصير ثباتا كالشجر .

(و) إن (خيف) بكسر الخاء المعجمة ، أي تحقق أو ظن (موته) أي المذكور

وبَرَزَ ، ولَمْ يَبْدُ صَلاَحُـــهُ ، وهَلْ كَذَلِكَ ٱلْوَرْدُ ونَحْوُهُ وٱلْقُطْنُ ؟ أو كالأوَّلِ وعَلَيْهِ ٱلأَكْثَرُ ؟ تأوِيلاَنِ .

بعد الكاف إن لم يساق عليه (و) إن (برز) من أرضه واستقل (و) إن (لم يبد) بفتح وسكون الموحدة أي يظهر (صلاحه) أي المذكور بعد الكاف فيهـــا انما تجوز مساقاة الزرع إذا استقل من الأرض ، وإن أسبل إذا احتاج إلى الماء وكان إن ترك مات فأمابعد جواز بيعه فلا تجوز مساقاته .

(و) اختلف في جواب (هل كذلك) المذكور بعد الكاف في توقف صحة مساقاته على عجز ربه وخوف موته وبروزه وعدم بدو صلاحه (الورد) بفتـح الواو وسكون الراء مبتدأ خبره كذلك (ونحوه) أي الورد مما تجنى ثمرته مـــع بقاء أصله في الأرض كالياسمين والآس بعد الهمز (والقطن) بضم القاف وسكون الطـــاء المهملة عطف على الورد الذين يختلف حاله يجني ثمرته مراراً مع بقاء أصله في بعض البلاد وجنيها مرة فقط في بعض آخر (أو) الورد وما عطف عليه (كالأول) في صحة مساقاته وإن لم يعجزعنه ربه ولم يخف موته (وعليه) أي كونه كالأول (الأكثر) من شارحيهـــا في الجواب (تأويلان) أي فهمان لشارحيها .

ابن رشد كان ابن القطان يحمل المدونة على الجواز في القطن والزرع والمقاثيء ولا يختلف في الورد والياسمين أنه لا يعتـــبر فيها العجز ، وفيها منعهـــا في القرط والقضب والموز ابن يونس ومثل القضب البقل والكراث ، واختلف في الريحان والقضب الحلو . في المقدمات قصب السكر مثل الزرع والكمون أفاده « ق » الحط كلامها كالصريح في أنه كالشجر ، ونصه ولا بأس بمساقاة الورد والياسمين والقطن ، وأما المقاثيء والبصل وقصب السكر فكالزرع يساقي إن عجز ربه اهـ .

قال في التوضيح حمل المدونة على الجواز مطلقاً أظهر . وفي المقدمـــات لا ينبغي أن يختلف في أن المساقاة في الياسمين والورد جائزة على مذهب الإمام مالك رضى الله تعــالى عنه وإن لم يعجز صاحبها عن عملها . وأما القطن فاستبعد ابن رشد الجواز فيه ، وأشار

ابن يونس إلى أن الخلاف في القطن ينبغي أنه خلاف في حال فيكون شجره في بعض البلاد كالأصول الثابتة تجنى ثمرته سنين ، وفي بعضها يكون كالزرع لا أصل له ثابت ، وهـذا ظاهر والله أعلم . البناني انظر من ذكر التأويل الأول في الورد ونحوه ، فإني لم أره إلا في القطن ولم يذكره ضيح و « ح » و « ق » إلا فيه ، وظاهر كلامهم أن الورد ونحـوه كالشجر بلا خلاف .

(وأقتت) بضم الهمز وكسر القاف مشددة ، أي أجل كذلك عمـل المساقاة (بالجذاذ) بفتح الجيم وإعجام الذالين أو إهمالها ، أي بقطع الثمرة فيها للإمام مالـك رضى الله تعالى عنه الشأن في المساقاة إلى الجذاذ لا يجوز شهراً ولا سنة محدودة ، وهي إلى الجذاذ إذا لم يؤجلا . ابن القاسم إن كانت تطعم في العام مرتين فهي إلى الجذاذ الأول حتى يشترط الثاني . الحط لم يبين المصنف رحمه الله تعالى هل التوقيت شرط لصحتها أم لا ، والذي يقتضيه كلامها أنه ليس بشرط فيها . ابن الحاجب يشترط تأقيتها وأقلـه إلى الجذاذ وإن أطلقت حملت عليه . ابن عبد السلام اشتراط التأقيت مع الحكم بصحـة المطلقة بعيد .

فإن قلت لعل مراده أن الجهالة تفسدها وهو أمر زائـد على إطلاقها . قلت فتكون الجهالة مانعة من الصحة لا أن التأقيت شرط صحة ا هـ . أبو الحسن قولها لا تجوز شهراً ولا سنة محدودة ، ظاهره كان الأجل ينقضي قبل أجـل الجذاذ أو بعده ، فهذا لا يجوز لأنه إن كان لا ينقضي إلا بعد الجذاذ فهي زيادة اشترطها رب الحائط على العامل ، وإن كان الأجل ينقضي قبله فهي زيادة اشترطها العامل على رب الحائط ، لأنه يعمـل في نصيبه بعد الأجل إلى الجذاذ ، فلذا قال لا تجوز شهراً ولا سنة محدودة .

(و) ان أقتت بالجذاذ وكان الشجر يطعم مرتين في العـام (حملت) بضم فكسر المساقاة (على) جذاذ بطن (أول ان لم يشترط) بضم التحتية وفتح الراء بقاؤها الى أن يجذ بطن (ثان) فإن اشترط استمرت اليه . ابن القاسم ان كانت تطعم في العام مرتين

وَكَبَيَاضِ نَخْلٍ ، أو زَرْعٍ ، إنْ وافَقَ الْجُزْءَ وَبَذَرَهُ الْعَامِلُ ، وكانَ ثُلُثاً بإسْقاطِ كُلْفَةِ الثَّمَرَةِ ؛ وإلّا فَسَدَ ؛

فهي الى الجذاذ الأول حتى يشترط الثاني ، وفيها لا بأس بمساقاة نخل يطعم في السنة مرتين كما تجوز مساقاة عامين ، وليس ما ذكر هنا كمساقاة القضب يحل بيعه وبيع ما يأتي بعده والشجر لا تباع ثمارها قبل أن تزهى اه .

وعطف على قوله كزرع المشبه بالشجر في صحة مساقاته مشبهاً آخر فيها فقال (وكبياض) أي أرض خالية من الشجر والزرع سميت بياضاً لإشراقها في النهار بشعاع الشمس . وفي الليل بنور الكواكب ، فإن استترت عن ذلك بورق الشجر أو الزرع سميت سوادا لا سوادها بالظل بين (نخل أو زرع) أو مجاور له فيصح إدخاله في المساقاة بجزء مما يخرج مما يزرع فيه (إن وافق الجزء) المشروط فيه الجزء المشروط في مساقاة النخل أو الزرع كالثلث من كل منهما ، فإن اختلفا كثلث أحدهما ونصف الآخر فلا تصح مساقاته ، ولم يشترط أصبغ موافقة الجزء ، وقد جرى العرف عندنا بفاس بأن البياض لا يعطى إلا بجزء أكثر فله مستند فلا يشوش على الناس ، إذ ذاك يذكر المشهور قاله المسناوي ا هـ ، بناني .

(و) إن (بذره) أي البياض (العامل) من ماله فإن كان بذره من مال ربه أو منهما جميعاً فلا تصح ، وإن نزل فيرد إلى مساقاة مثله في النخل وأجرة مثله في البياض (و) إن (كان) كراء البياض (ثلثاً) من مجموعه مع قيمة الثمرة أو الحب (بإسقاط كلفة) بضم الكاف وسكون اللام أي ما كلفت به وأنفق على (الثمرة) أو الزرع بأن كان كراء البياض عشرة وقيمة الثمرة بعد إسقاط كلفتها عشرين مثلاً . الحط وبقي شرط رابع وهو كون حرثه وعمله على العامل ففيها لا يجوز أن يشترط فيه نصف البذر على رب الحائط أو حرث البياض فقط وإن جعلا الزرع بينهما ، وإن كان على أن يزرعه العامل من عنده ويعمله وما أنبت فبينهما فجائز ا هـ (وإلا) أي وإن لم تجتمع الشروط الثلاثة بأن انتفت كلها أو بعضها (فسد) عقد مساقاة البياض .

كَاشْتِرَاطِهِ رَبُّهُ ، وأُلْغِيَ للعامِلِ ، إنْ سَكَتَا عَنْهُ ، أوِ اشْتَرَطَهُ ،

فيها للإمام مالك رضي الله تعالى عنه البياض المتبع مثل الثلث فأدنى لا بأس أن يشترط في المساقاة على مثل ما أخذ الأصول ، وأحب إلي أن يلغى للعامل وهو أهله ، فإن شرط أنه بينهما فجائز إن كان البذر والمؤنة من عند العامل ، ولا يجوز أن يشترطه رب الحائط لنفسه إن كان العامل يسقيه . ابن حبيب فإن كان بعلاً أو كان لا يسقى بسماء الحائط فجائز . ابن عرفة وفيها بياض الزرع كبياض النخل ، وعزاه الباجي للموازية . ابن عبدوس صفة اعتبار التبعية أن ينظر إلى كراء الأرض كأنه خمسة ، وإلى غلة النخل على المعتاد منها بعد إسقاط قدر الإنفاق عليها ، فإن بقي عشرة فكراء الأرض الثلث فيجوز إدخاله في المساقاة لأنه تبع ، ولو بقي من قيمة الثمرة ثمانية فلا يجوز لزيادة الخمسة على ثلث الجملة . الباجي إن كان البياض أكثر من الثلث فلا تجوز مساقاته مع النخل قولاً واحداً . في ضيح البياض الأرض الخالية من الشجر والزرع ، وسواء كان بين السواد أو منفرداً عنه قاله ابن المواز ، ولو قال المصنف وكبياض شجر لكان أشمل .

وشبه في الفساد فقال (كاشتراطه) أي البياض من إضافة المصدر لمفعوله وفاعله (ربه) أي البياض ليزرعه لنفسه خاصة في الموطأ لا يصلح لنيلة سقي العامل، فهي زيادة اشترطها ربه على العامل ، وفيها لا يجوز أن يشترطه رب الحائط لنفسه إن كان العامل يسقيه (وألغي) بضم الهمز وكسر الغين المعجمة أي ترك البياض (للعامل) يبذره من ماله ويعمل فيه ويختص بما ينتبه (إن سكتا) أي رب الشجر او الزرع والعامل (عنه) أي البياض عند العقد أي لم يشترطاه لهما ولأحدهما (أو) ان (اشترطه) أي البياض العامل لنفسه .

ابن المواز ان سكتا عن البياض في العقد فما زرع فيه العامل فهو له خاصة ، وكذلك لو سكتا عنه ثم تشاحا فيه عند الزراعة فهو للعامل وقاله ابن حبيب .

ابن عبدوس وإذا الغى للعامل فانما يراعى فيه أن يكون تبعاً لحصة العامل خاصة ،ولم يذكر ابن يونس خلاف هذا . وقال الباجي ظاهر قول أصحاب الامام مالك «رض» أنه

وَدَخَلَ شَجَرٌ تَبِعَ زَرْعاً ، وجازَ زَرْعٌ وشَجَرٌ وإِنْ غَيْرَ تَبَعٍ ، وحَوائِطَ ، وإِنِ اخْتَلَفَتْ بِجُزْءٍ ، إِلَّا فِي صَفَقاتٍ

يراعى في البياض كونه تبعاً لثمرة جميع الحائط فيما يلغى للعامل ، وفيما يشترط دخوله في مساقاة النخل . ابن عرفة ظاهر أقوال أصحاب مالك «رض» أن المعتبر تبعيته لجميع ثمر الحائط في لغوه وفي إدخاله في المساقاة . وقال ابن عبدوس إنما ذلك في إدخاله فيها والمعتبر في لغوه للعامل تبعيته لحظه فقط اهـ .

(و) إن عقد المساقاة لزرع فيه شجر تابع له (دخل فـ) يها لزوماً (شجر تبع زرعاً) بأن كانت قيمة ثمرته على ما تكون عليه بحسب العادة ثلث مجموعها مع قيمة الزرع على ما يكون عليه بحسبها ، فلا يجوز الغاؤه لأحدهما قاله ابن القاسم ، لأن السنة إنما وردت بالغاء البياض ولا بد من شروط مساقاة الزرع ، لأنه المتبوع ، وحكم عكس مسألة المصنف كذلك فيدخل الزرع التابع للشجر في مساقاته لزوماً ، فلا يجوز الغاؤه لأحدهما والمعتبر شروط مساقاة الشجر لأنه المتبوع .

(وجاز) أي يجوز (زرع وشجر) أي مساقاتها بعقد واحد إن كان أحدهما تبعاً للآخر ، بل (وإن) كان كل منهما (غير تبع) للآخر فيها من ساقى رجلاً زرعاً على الثلث ونخلاً على النصف فلا يجوز حتى يكونا على جزء واحد جميعاً ويعجز عن الزرع ربه وإن كانا في ناحيتين (و) يجوز (حوائط) أي مساقاتها بعقد واحد إن كانت من صنف واحد ، (وإن اختلفت) أصنافها و كانت (بجزء) واحد كثلث كل وإن كان بعضها أفضل من بعض ، لمساقاته ﷺ أهل خيبر على الشطر ، وفيه الجيد والرديء ، فإن اختلف الجزآن كثلث من أحدهما وربع من الآخر فلا تصح في كل حال (إلا في صفقات) بأن تعقد المساقاة على كل حائط وحده ، فيها لا يجوز أن تدفع إلى رجل حائطين مساقاة أحدهما على النصف والآخر على الثلث في صفقة ، ولا بأس أن يكون على جزء واحد وإن كان أحدهما أفضل من الآخر مما لو أقر في السوق كان هذا على الثلث . وهذا على الثلثين وقد كان في خيبر الجيد والرديء حين ساقاها النبي ﷺ على الشطر كلها . ابن الحاجب

وغائِبٍ إنْ وُصِفَ ، ووَصَلَهُ قَبْلَ طِيبِهِ ، واْشتِراطِ جُزْءِ الزَّكَاةِ

تجوز حوائط مختلفة أو متفقة في صفقة بشرط جزء واحد ، وأما في صفقات فلا شرط فيها .

(و) يجوز أن يساقي حائط (غائب) بعيد عن بلد عقد المساقاة (إن وصف) بضم الواو وكسر الصاد المهملة الحائط وما فيه من الشجر (و) إن (وصله) أي الحائط الغائب العامل إن سافر اليه عقب عقد المساقاة (قبل طيب) ثمر (ه) فإن كان لا يصل اليه إلا بعد طيبه فلا تصح مساقاته . فيها لابن القاسم رحمه الله تعالى لا بأس بمساقاة حائط ببلد بعيد إذا وصف كالبيع ، يريد إذا كان يصل اليه قبل طيبه ،المراد بوصفه ذكر ما يحتاج اليه من العمل ، فيذكر ما فيه من الرقيق والدواب إن كان أوانه لا شيء فيه منها ، وهل هو بعل أو يسقى بعين أو غرب ، ووصف أرضه من صلابة أو ضدها وما فيه من أنواع الشجر وعددها والقدر الذي اعتيد إثماره ، أشار له اللخمي ، ونقله أبو الحسن .

(تنبيهات)

الأول : الظاهر أنه يكفي وصف رب الحائط ولم أره منصوصاً قاله الحط . قلت وهو ظاهر قول ابن القاسم اذا وصف كالبيع .

الثاني : الحط الظاهر أن رؤية العامل الحائط السابقة التي لا يتغير الحائط بعدها كافية كما في البيع .

الثالث : الحط هل تجوز مساقاة الغائب بلا وصف وبلا رؤية سابقة ، بشرط خيار العامل بالرؤية كالبيع ، وهو الظاهر ، ويؤخذ من تشبيهها فيها بالبيع .

الرابع : فان عقدا في زمن يصل العامل الحائط فيه قبل طيبه فتوانى العامل فلم يصل اليه إلا بعد طيبه فلا تفسد المساقاة قاله بعض القرويين ، ونقله أبو الحسن وصاحب الشامل .

الخامس : نفقة العامل في حال سفره للحائط في ماله قاله في المدونة .

(و) يجوز (اشتراط جزء الزكاة) على أحدهما ، فيها لا بأس أن تشترط الزكاة في

حظ أحدهما على الآخر ، لأنه يرجع الى جزء معلوم ساقى عليه ، فان لم يشترطا شيئاً فشأن الزكاة أن يبدأ بها ثم يقتسمان ما بقي . اللخمي قول الامام مالك رحمه الله تعالى أن المساقاة مزكاة على ملك رب الحائط بحسب ضمها لماله من غيرهما ويزكي جميعها ولو كان العامل ممن لا يجب عليه ، وربها ممن تجب عليـــه ، وإذا شرطه أحدهما الزكاة ولم يكن لـه في الحائط نصاب ففيه ثلاثة أقوال ذكرها ابن يونس بلا عزو ولا تشهير .

ابن رشد الواجب إخراج الزكاة من جملة ثمرة الحائط المساقي إن بلغت نصاباً أو كان لرب الحائط ما إن ضمه اليه بلغته ثم يقتسمان ما بقي أفاده «ق» . الحط إنما يزكي على ملك ربه إذا كان حراً مسلماً وفي الحائط خمسة أوسق أو أقل وله ثمر آخر إذا ضم اليـه بلغ خمسة أوسق ، وسواء كان العامل حراً مسلماً أم لا ، حصل له نصاب أم لا ، ثم قال وإن كان رب الحائط ممن لا تجب عليه الزكاة بأن كان عبداً أو كافراً فلا تجب الزكاة في حصته ، ولا في حصة العامل ، ولو كان حراً مسلماً حصل له نصاب ولو حصل للعامل من حائط له غير حائط المساقاة بعض نصاب فلا يضمه إلى ما حصل لـه في الحائط ، سواء وجبت فيـــه الزكاة أم لم تجب قاله ابن رشد ، قائلاً لا خلاف فيـه ، ونقله ابن عرفه .

وفي التوضيح لو شرط رب المال الزكاة على العامل ونقص ثمر الحائط عن النصاب ، فقيل يقتسمان الثمرة نصفين . وقال سحنون لرب الحائط ستة أعشارها والعامل أربعـة أعشارها . وقال ابن عبدوس يقتسمان الثمرة اتساعاً لرب الحائط خمسة والعامل الاربعة . وقيل يقتسمانها من عشرين لرب الحائط أحد عشر جزءاً والعامل تسعة أجزاء ، وهذا حيث دخلا على أن للعامل النصف وإلا فله بحساب ما دخلا عليه .

(و) تجوز المساقاة لشجر (سنين) في عقد واحـــد (ما لم تكثر) السنون المساقى فيها (جداً) بحيث تتغير الأصول (بلا حد) بعدد مخصوص في كل صورة في المعين من ستة لا ربع ، فان كثرت جـــداً فسخ . فيها للإمام مالك «رض» يجوز أن يساقيه سنين

ما لم تكثر جداً ، قيل فعشرة قال لا أدري تحديد عشر سنين ولا ثلاثين ولا خمسين . في التوضيح هذا يحتمل معنيين أحدهما أنه لم يثبت عنده شيء من السنة ، والثاني أنه رأى أنه يختلف باختلاف الحوائط إذ الجديد ليس كالقديم ، فلو حده لفهم الاقتصار على ذلك الحد في كل حائط وليس كذلك ثم ذكر عن المعين أنه يستحب كونها من سنة إلى اربع وذكره المتيطي أيضا ابن الحاجب تجوز سنتين والأخيرة بالجذاذ .

الموضح في البيان لا خلاف في هذا ، سواء تقدم الجذاذ أو تأخر عنها . وفي المعين الصواب فيها أن تؤرخ بالشهور العجمية التي فيها الجذاذ ، فان أرخت بالعربية فانقضت قبل الجذاذ فعلى العامل التمادي اليه ، أبو الحسن هذا في السنين الكثيرة ، لأن السنين العربية تنتقل . الحط فإن قصد تحديدها بالعربي سواء تقدم على الجذاذ أو تأخر عنه فسدت ، وفي سماع أشهب سألته عن الذي ساقى ثلاث سنين أليس ذلك من جذاذ إلى جذاذ قال بلى . ابن رشد مما لا اختلاف فيه أعلمه أن السنين في المساقاة إنما هي بالأهلة لا بالجذاذ فإن ساقاه السنين واشترط أحدهما على الآخر الخروج قبل الجذاذ أو بعده إلى مساقاة مثله . اللخمي المساقاة إلى السنتين والثلاث على وجهين إن أريد انقضاء السقي بانقضاء الثمرة التي تكون في السنتين جازت ، وان قصد التمادي بالعمل إلى انقضاء شهور السنة ، وإن جذت الثمرة قبلها فلا تجوز ، وللعامل في السنين الأولى مساقاة مثله ، وفي الأخيرة حين جذ الثمرة إلى ذلك الوقت أجر مثله .

الحط فتحصل أن المطلوب فيها تحديدها بالجذاذ ، سواء عقداها لعام واحد أو لسنين فان أطلقاها حملت على الجذاذ ، وإن أراد التحديد بانقضاء السنة أو السنين العربية المتقدمة على الجذاذ والمتأخرة عنه فسدت . طفي فالمعتبر الجذاذ لا الزمان ، فلا حاجة للتوريخ بالعجمي ولا بالعربي ، فمعنى ما قاله بعض الشيوخ أن المعتبر الجذاذ ، فإذا أرخ فيكون بالعجمي الذي يكون الجذاذ عنده لا مطلقه ، لأن المدار على الجذاذ ، وكذلك بالعربي الذي يكون الجذاذ عنده فلا فرق بينهما للإنضباط بالجذاذ ، وانما يفترق العجمي

وعامِلٍ دابَّةٍ أو غُلاماً فِي الْكَبِيرِ ، وقَسْمُ الزَّيْتُونِ حَبّاً كَعَصْرِهِ عَلَى أَحدِهِمـــا ،

من العربي اذا كثر السنون ، فإذا أرخ بالعجمي الذي يكون الجذاذ عنده فلا يختلف الحال بكثرة السنين ، بخلاف التوريخ بالعربي الذي يكون الجذاذ عنده ، فإنه يختلف عند كثرة السنين للإنتقال كما تقدم عن أبي الحسن ، ويدل على أن المعتبر الجذاذ قولها لا تجوز شهراً ولا سنة محدودة ، وقول المتيطي الصواب في المساقاة ان تؤرخ بالشهور العجمية التي فيها الجذاذ ، فقيد العجمية بالتي فيها الجذاذ وكذلك يقال في العربية التي فيها الجذاذ ، والله أعلم .

(و) يجوز اشتراط (عامل) على رب الحائط (دابة أو غلامـــا) أي رقيقا لرب الحائط يعمل معه (في) الحـــائط (الكبير) وأو لمنع الخلو ، فيجوز اشتراطهما معاً . ومفهوم الكبير أنه لا يجوز اشتراط أحدهما في الحائط الصغير وهو كذلك، اذ قد يكفيه ذلك فيصير العمل كله على رب الحائط . الحط ويجوز اشتراط مجموعهما ، بل يقال يفهم منه أيضاً أنه لا مفهوم لقوله دابة أو غلاماً وأنه يجوز اشتراط الدابتين والغلامين اذا كان الحائط كبيراً. ابن يونس اذا اشترط الدابة او الغلام فخلف ما مات من ذلـــك على رب الحائط ، اذ عليهم عمل العامل ، فهو بمنزلة ما لو كانوا فيه . وقال اللخمي ان شرط غير معين كان على ربه خلفه وان كان معيناً بأن قال هذا العبد أو هذه الدابـة فلا يجوز الا بشرط الخلف . وفي التوضيح اذا شرط غلامـــا أو دابة فقال سحنون لا يجوز الا بشرط الخلف ، وقيل يجوز وان لم يشترط الخلف ، والحكم يوجبه . في البيان هو ظاهر ما في الواضحة ، وما في المدونة محتمل للوجهين . والذي أقول به وأنه تفسير لجميع الروايات أنه ان عين الغلام أو الدابة باشارة أو تسميـة فلا تجوز المساقاة الا بشرط الخلف ، والا فالحكم يوجبه وان لم يشترط اهـ .

(و) يجوز اشتراط (قسم الزيتون حبـــا) وشبه في الجواز فقال (ك) شرط (عصره) أي الزيتون (على أحدهما) أي رب الحائط أو العامل ، فإن لم يشترط على

أحدهما فعليهما ، والعرف كالشرط . فيها لابن القاسم رحمه الله تعـالى الجذاذ والحصاد والدراس على العامل وان شرطا قسم الزيتون حباً جاز ، ولو شرط عصره على العامل جاز ليسارته . ابن المواز ان لم يكن فيه شرط فعصره بينهما .

اللخمي عصر الزيتون على من شرطاه عليه منهما قاله في المدونة . « ق » الحط ظاهر كلامه أنه يجوز اشتراط قسم الزيتون حباً ويجوز اشتراط عصره على أحدهما ، فإن لم يشترط واحد من الأمرين لزمهما أن يعصراه ولا يقتسماه الا بعد عصره ، وهو ظاهر لفظ المدونة ، لكنه خلاف مـا ذكره أبو الحسن عن سحنون أن منتهى المساقاة في الزيتون جنيه . فيها قال الإمام مالك رضي الله تعالى عنه في الزيتون ان شرطا قسمه حباً جاز ، وان اشترطا عصره على العامل جاز . أبو الحسن زاد ابن يونس ليسارته . أبو اسحق ان شرط عصره على رب الحائط جاز . ابن يونس ان لم يكن فيـه شرط فعصره بينهما ، وحكاه اللخمي عن ابن المواز وسحنون . سحنون منتهى مساقاته جناه ا هـ ، الحـط مقتضى كلام ابن رشد أن كلام سحنون هو المذهب ، ويمكن حمل كلام المصنف عليـه ، والله أعلم .

(و) يجوز اشتراط (اصلاح جدار وكنس عين وشد) بالشين المعجمة ، أي ربط واهمالها أي ترقيع (حظيرة) بفتح الحاء المهملة وكسر الظاء المعجمة ، أي أعواد تجعل على أعلى الحائط لمنع تخطيه فعيلة بمعنى فاعلة (واصلاح ضفيرة) بفتح الضاد المعجمة وكسر الفاء أي أعواد مضفورة ملبسة بطين محيطـة بالماء المجموع لسقي الشجر والزرع لمنعه من السيلان ، كالحوض على العامل ليسارتها فيها تنقية منـافع الماء وخم العين وهو كنسها وقطع الجريد وإبار النخل وسد الحظار ، واليسير من اصلاح الضفيرة ونحوها . مما تقل مؤنته يجوز اشتراطه على العامل ، وإلا فلا يجوز .

ابن حبيب سد الحظار هو تحصين الجدر وتزريبها ، والضفيرة هي محبس الماء ومجتمعـه كالصهريج ، فإن لم تشترط هذه الأشياء على العامل فهي على رب الحائط إلا الجذاذ والتذكير

وسرو الشرب ، فإنه على العامل وإن لم يشترط عليه عياض الشربة بفتح الشين المعجمة والراء الحفرة حول النخل يجتمع فيها الماء لسقيها وتشرب عروق النخلة منها وسروهما بفتح السين المهملة وسكون الراء كنسها وتنقيتها مما يقع فيها وتوسعتها ليكثر فيها الماء وخم بفتح الخاء المعجمة كنس العين مما لعله يسقط فيها أو ينهار من التراب . وسد الحظار بالسين والشين ، وقيل ما حظر بزرب فبالشين المعجمة وما كان بجدار فبالمهملة . والضفيرة عيدان تنسج وتضفر وتطين فيجتمع الماء فيها كالصهريج . وقيل هي مثل المساقاة الطويلة في الأرض تجعل يجري الماء فيها بخشب وحجارة يضفر بعضها ببعض تمنع من انتشار الماء على وجه الأرض حتى يصل إلى الحائط ، وفيها لمن أخذ نخلا مساقاة فغار ماؤهما بعد سقيه أن ينفق فيها بقدر حظ رب الأرض من ثمرة تلك السنة لا أكثر ، ومثله في سماع ابن القاسم .

ابن رشد ظاهره أن ما زاد على حظ رب الحائط لا يلزمه ومثله في الرهون في مسائل سماع سحنون لزوم الراهن إصلاحها ، ويلزم ذلك في المساقاة وإن لم يكن لرب الحائط غيره منه بقدر ما يصلحها ، لئلا يذهب عمل العامل هدراً .

(أو) اشتراط (ما) أي عمل (قل) بفتح القاف واللام مثقلة على العامل غير ما تقدم ليسارته وعدم بقائه بعد مدة المساقاة غالباً . ومفهومه أنه لا يجوز اشتراط الكثير على العامل كحفر بئر وفتق عين وبناء حائط وإنشاء ضفيرة وهو كذلك . الحط لو قدمه على قوله وإصلاح جدار وأدخل عليه كافاً فقال كاصلاح جدار لكان أحسن ، لأن فيه تنبيها على أن علة جواز اشتراطها على العامل يسارتها ، قال فيها وإنما يجوز لرب الحائط أن يشترط على العامل ما تقل مؤنته . عبد الوهاب ما لا يتعلق بالثمرة لا يلزم العامل ولا يجوز اشتراطه عليه ، وما يتعلق بها إن كان ينقطع بانقطاعها أو يبقى بعدها مثل الشيء فهو جائز مثل التذكير والتلقيح والسقي وإصلاح مواضعه وجلب الماء والجذاذ وما يتصل بذلك ، فهذا وشبهه لازم العامل وعليه أخذ العوض ، وإن كان يبقى بعد انقطاعها

وَتَقَابُلُهُما هَدَراً ، وَمُساقاةُ العامِلِ آخَرَ وَلَوْ أَقَلَّ أمانَةً ،

أو ينتفع به ربها مثل حفر بئر بها أو بناء بيت يجنى فيه كالجرين أو انشاء غرس فهـذا لا يلزم العامل ، ولا يجوز اشتراطه عليه لأنها زيادة ينفرد بها رب الحائط فهي كالوجه الأول الذي لا يتعلق بالثمرة .

(و) يجوز (تقايلهما) أي رب الحائط والعامل من المساقاة تقايلاً (هدراً) بفتح الهاء والدال المهملة ، أي بلا شيء يأخذه أحدهما من الآخر . فيها للإمام مالك رضي الله تعالى عنه ومن ساقى رجلاً ثلاث سنين فليس لأحدهما الترك حتى تنقضي المساقاة ، لأنها تلزم بالعقد وإن لم يعمل إلا أن يتتاركا بغير شيء يأخذه من الآخر فيجوز ، وليس من بيع الثمر قبل بدو صلاحه ، إذ للعامل أن يساقي غيره ، فربه إذا تاركه كالأجنبي ، ومن ساقيته حائطك فلا يجوز أن يقيلك على شيء تعطيه إياه كان قد شرع في العمل أم لا ، لأنه غرر إن كان أثمر النخل ، فإنه بيع الثمر قبل زهوه ، وإن لم يثمر فهو من أكل أموال الناس بالباطل .

أبو الحسن قوله إذ للعامل أن يساقي غيره استدل على جواز متاركة رب الحائط بجواز مساقاة الغير ، فجعل المتاركة مساقاة انعقدت بغير لفظها ، لأنها إقالة وهي معروف ، فإن تقايلا على شيء يعطيه إياها ولم يعثر على ذلك حتى فات بالعمل رد فيما عمل إلى أجرة مثله ، وإن خرج على جزء مسمى فإن كان قبل العمل فلا خلاف في جوازه وإن كان بعده فاجازه ابن القاسم ومنعه في سماع أشهب خوف أن تكون المساقاة أظهرت أولا وآخراً ذريعة لاجارة في مدة عمل بجزء الثمرة ، فيرد إلى أجرة مثله . ابن رشد فإن تقايلا على الجزء لأمر بدالهما دون دلسة فلا حرج عليهما ، لأنها مساقاة صحيحة ، وظاهر كلام ابن رشد أن هذا هو المذهب وقبله الموضح .

(و) تجوز (مساقاة العامل) عاملاً (آخر) إن كان مثل الأول في الأمانة ، بل (ولو) كان (أقل أمانة) منه . فيها لمن سوقي في أصول أو زرع مساقاة غيره في مثل أمانته ، فإن ساقى غير أمين ضمن . اللخمي يجوز دفعه لأمين وإن لم يكن مثله في

وحُمِلَ عَلَى ضِدِّها ، وضَمِنَ . فَإِنْ عَجَزَ ولَمْ يَجِدْ : أَسْلَمَهُ هَدَراً ، ولَمْ تَنْفَسِخْ بِفَلَسِ رَبِّهِ ، وبِيعَ : مُساقىً ،

الأمانة ، وحمل على ضدها وضمن الحط تجوز مساقاته عـاملاً آخر على مثل الجزء بعد العمل وقبله على مذهب الامام مالك رضي الله تعالى عنه أنها لازمة ، وعلى أنها جائزة فلا تجوز قبل الشروع في العمل إلا برضا ربه ، وإن ساقـاه على أكثر من الجزء الذي ساقى عليه رب الحائط كأن ساقاه بالنصف وقد سوقي بالربع فإن العامل الثاني يأخذ ما ساقى عليه رب الحائط ، ويتبع الأول بتمام ما ساقاه به ، وإن ساقاه بأقل مما ساقاه به رب الحائط بأن ساقاه بالربع وقد ساقاه رب الحائط بالنصف فإن كانت بعد العمـل كان له الفضل ، وإن كانت قبله فكذلك على أنها لازمة وليس له ذلك على أنها غير لازمة قاله ابن رشد .

(وحمل) بضم فكسر العامل الثاني عند جهل حاله (على ضدها) أي الأمانة حتى يتبين أنه أمين (وضمن) العامل الأول موجب فعـل الثاني غير الأمين ، سواء كانت المساقاة في شجر أو زرع (فإن عجز) العـامل عما يلزمه عمله في الحائط أو الزرع (ولم يجد) أميناً بساقيه (أسلمه) أي العـامل الحائط أو الزرع لربه (هدراً) أي بلا شيء يأخذه من ربه لأنها كالجعل في توقف استحقاق عوضها على تمام العمل . فيها إن عجز عن السقي قيل له ساق من شئت أميناً ، فإن لم يجد أسلم الحائط لربه ولا شيء له ولا عليه .

(ولم تنفسخ) المساقاة (بفلس ربه) أي الحائط سواء فلس قبل العمل أو بعده (و) بيع بكسر الموحـدة الحائط لتوفية دين ربه علي أنه (مساقى) فيهـا إن فلس رب الحائط فلا تنفسخ المساقاة كان قد عمل أم لا ، ويقال للغرمـاء بيعوا الحائط على أن هذ فيه مساقى كما هو . قيل لابن القاسم لم أجزته ولو أن رجلا باع حائطه قبل الابار واستثنى ثمرته فلا يجيزه . قال هذا وجد فيه الإستثناء ، وليس هذا عندي استثناء ثمرة . الحط ظاهر قوله بيع سواء كان ساقاه سنة أو سنين ومنعة سحنون في السنين ، وصرح ابن عبد السلام والمصنف بأنه خلاف قول ابن القاسم .

وَمُساقَاةُ وَصِيٍّ ، وَمَدِينٍ بِلاَ حَجْرٍ ، وَدَفْعُهُ لِذِمِّيٍّ لَمْ يَعْصِرْ حِصَّتَهُ خَمْراً ، لاَ مُشارَكَةُ رَبِّهِ ،

(و) تجوز (مساقاة وصي) حائط محجوره لأنها من تصرفه له (و) تجوز مساقاة (مدين بلا حجر) من غرمائه عليه حائطه لأنها ككرائه لأرضه وداره وليس لغرمائه فسخها ، فإن كان محجوراً عليه فلا تجوز مساقاته ، وإن نزلت فلهم فسخها فيها للوصي دفع حائط الايتام مساقاة ، لأن الامام مالكاً رضي الله تعالى عنه قال بيعه وشراؤه لهم جائز ، وللمأذون دفع المساقاة وأخذها ، وللمديان دفع المساقاة ككرائه أرضه وداره ثم ليس لغرمائه فسخ ذلك ولو ساقى أو أكرى بعد قيامهم فلهم فسخه .

(و) يجوز (دفعه) أي الحائط (لذمي) يعمل فيه مساقاة إن (لم يعصر) الذمي (حصته) أي الذمي التي يأخذها في نظير عمله من العنب ونحوه (خمراً) أي تحقق أو ظن رب الحائط ذلك ، فإن كان يعصرها خمراً فلا تجوز مساقاته لأنها إعانة له على عصيانه . فيها كره الامام مالك رضي الله تعالى عنه أخذك من نصراني مساقاة أو قراضاً ولست أراه حراماً ، ولا بأس أن تدفع نخلك إلى نصراني مساقاة إن أمنت أن يعصر حصته خمراً .

ابن العربي كيف قال مالك هذا وقد ساقى رسول الله ﷺ أهل خيبر ولم يشترط الأمن من عصر الخمر إلا أن يقال الممنوع إذا كانوا يسقونها مسلماً ولا يقال كان ذلك قبل تحريم الخمر لأن فتح خيبر بعد تحريمها ، وظاهر المدونة حمله على عدم الأمن حتى يعلم الأمن (لا) تجوز (مشاركة ربه) أي الحائط العامل في عمل المساقاة ، سمع القرينان من قال لرجل اسق أنت وأنا حائطي ولك نصف ثمرة فلا يصلح ، لأن المساقاة أن يسلم الحائط إليه .

ابن رشد إن وقع وفات فالعامل أجير ، لأن ربه شرط أن يعمل معه فكأنه لم يسلمه اليه إنما أعطاه جزءاً من الثمرة على أن يعمل معه بخلاف اشتراط العامل أن يعمل معه رب الحائط بنفسه ، فإن نزل فله مساقاة مثله ، وقال أشهب يرد إلى أجرة مثله ، وقال سحنون تجوز ولا يرد إلى مساقاة مثله كاشتراطه غلاماً أو دابة يعمل معه إذا كان الحائط كبيراً .

أو إعطـــاءُ أرضٍ لِتُغرسَ ، فـإذا بَلَغتْ ، كانتْ مُساقاةً ،
أو شَجَرٍ لَمْ يَبْلُـغْ خمسَ سِنينَ ، وهِيَ تَبْلُـــغُ أَثناءَها ،
وفُسِخَتْ فاسِدَةً بِلاَ عَمَلٍ ، أو في أَثنائِهِ ، أو بَعْدَ سَنَةٍ مِنْ أَكْثَرَ :
إنْ وَجَبَتْ أُجرةُ ٱلمِثْلِ ،

(أو) أي لا يجوز (إعطاء أرض) شخصاً (ليغرس) الشخص فيها شجر كذا وكذا ويخدمها (فإذا بلغت) الأشجار الأثمار (كانت مساقاة) سنين سماها فلا تجوز لأنه غرر. ابن يونس فإن نزلت فسخت ما لم يثمر الشجر ، فإن اثمر وعمل فلا تفسخ المساقاة، وله فيما تقدم أجرة مثله ونفقته ، وفي سنين المساقاة مساقاة مثـله فضل ، وله قيمة الأشجار يوم غرسها ، فإن لم يقل كانت مساقاة بأن قال خذ هذه الأرض واغرسها وعاملينا فإن بلغت قدراً مخصوصاً كان الشجر والأرض بيننا صحت ، وكانت مغارسة ، فإن انخرم شرط منها فسدت، فإن اطلع عليها قبل العمل فسخت وإلا فلا ، وعلى الغارس نصف قيمة الأرض يوم غرسها براحاً وعلى رب الأرض نصف قيمة الغرس يوم بلغ وهما بينهما على ما شرطا .

(أو) أي لا يجوز اعطاء (شجر لم تبلغ) الاثمار لمن يعمل فيها (خمس سنين وهي) أي الشجر (تبلغ) الأثمار (أثناءها) أي الخمس سنين بعد سنتين مثلاً ، عبد الحق فإن عثر عليه قبل بلوغها الاطعام فسخ وله نفقته وأجرة مثله ، وإذا عثر عليه بعد الإطعام والعمل فلا تفسخ في بقية المدة وله فيها مساقاة مثله ، قوله نفقته أي ما أنفقه في الشجر (وفسخت) بضم فكسر مساقاة (فاسدة) بعدم ركن أو شرط أو وجود مانع (بلا عمل) أي اطلع عليها قبله سواء كانت على تقدير تمامه فيها مساقاة المثل ، أو أجرته ، لأنه لا يضيع شيئاً على العامل . ابن رشد إن وقعت المساقاة على غير الوجه الذي جوزه الشارع فإنها تفسخ ما لم تفت بالعمل ويرد الحائط إلى ربه .

(أو) ظهر فسادها (في اثنائه) أي العمل (أو بعد سنة من أكثر) مساقى عليـــه فتفسخ (إن وجبت) فيها (أجرة المثل) للعامل ، وله أجرة مثله في عمـــله السابق على

وبعدَهُ أجرةُ المثلِ : إنْ خرَجا عنها ، كأنِ ازْدادَ عيْناً ، أوْ عرْضاً ، وإلّا فمُساقاةُ المثلِ :

فسخها . ومفهوم الشرط أنها إن كانت تجب فيها مساقاة فلا تفسخ وهو كذلك ، لئلا يضيع عمل العامل فيتمم العمل ، وله مساقاة مثله للضرورة ، لأنه لا يدفع العوض إلا من الثمرة ، فلو فسخت قبل تمامه فلا شيء له لأنها كالجعل لا يستحق عوضها إلا بالإتمام . ابن رشد ما يرد فيه العامل إلى أجرة مثله يفسخ متى عثر عليه قبل العمل أو في إثنائه . عياض وله من الأجر بحساب عمله ، وأما ما يرد فيه إلى مساقاة مثله فيفسخ ما لم يعمل ، فإن فات بابتدائه العمل بماله بال فـلا تفسخ إلى انقضاء أمدها ، وله فيما بقي من الأعوام مساقاة مثله .

(و) إن ظهر فسادها (بعد) تتميم العامل ا (ه) أي العمل فله (أجرة المثل إن) كانا (خرجا) أي رب الحائط والعامل في عقدها (عن) حقيقة (ها) أي المساقاة إلى الإجارة الفاسدة أو البيع الفاسد (كأن) بفتح فسكون حرف مصدري مقرون بكاف التمثيل صلته (ازداد) أي أخذ أحدهما من الآخر زيادة عن حظه من الثمر ، ومفعول ازداد (عيناً أو عرضاً) فإن كان آخذ العين أو العرض العامل فقد خرج إلى إجارة فاسدة إذ آل أمرهما إلى استئجار رب الحائط العامل بما أعطاه من عين أو عرض ، وبجزء الثمرة المجهول ، وإن كان آخذه رب الحائط فقد خرجا إلى بيع جزء الثمر قبل زهوه بالعين أو العرض وعمل العامل (وإلا) أي وإن لم يخرجا في عقدها عن حقيقة المساقاة (ف) له (مساقاة المثل) أي الجزء الذي يساقى به مثله في مثل هذا الحائط في الثمرة فإن أجيحت الثمرة فلا شيء له على رب الحائط ، بخلاف أجرة المثل ، ففي ذمته ولو اجيحت .

عياض الخلاف الجاري في القراض الفاسد كله جار في المساقاة . ابن رشد إن فاتت بالعمل فأصل ابن القاسم أنهما إذا خرجا فيها عن حكمها إلى حكم الإجارة الفاسدة أو إلى بيع الثمرة قبل بدو صلاحها بما اشترطه أحدهما على صاحبه من زيادة يزيدها إياها خارجة عنها ، فإنه يرد فيها إلى أجرة مثله إذا لم يعثر عليها حتى فاتت بالعمل ، وذلك مثل أن

كمُساقاتِهِ مَعَ ثَمرٍ أُطعَمَ، أو مَعَ بَيْعٍ، أوِ اشْتَرَطَ عَمَلَ رَبِّهِ، أو دابَّـةٍ، أو غُلامٍ، وهُوَ صَغيرٌ، أو حَمْلَهُ لِمَنْزِلِهِ، أو يَكْفيهِ مُؤْنَةَ أُخرَى، أوِ اخْتَلَفَ الجزْءُ بِسِنِينَ أو حَوائِطَ:

يساقيه في حائطه على أن يزيد أحدهما صاحبه دنانير أو دراهم أو عرضاً من العروض وما أشبه ذلك، لأنه إن ساقاه على أن يزيده صاحب الحائط دنانير أو دراهم أو عروضاً فقد استأجره على عمل حائطه بما أعطاه من الدنانير أو الدراهم أو العروض وبجزء من ثمرته، فوجب رده إلى أجرة مثله؛ ولأنه إذا ساقاه على أن يزيد العامل دنانير أو دراهم أو عروضاً فقد اشترى جزءاً من الثمرة بما أعطاه من الدنانير أو الدراهم أو العروض وبعمله في الحائط، فوجب رده إلى أجرة مثله أيضاً. وأما إذا لم يخرجا عن حكمها فإنه يرد فيها إلى مساقاة مثله.

ومثل المصنف لما يرد فيه لمساقاة المثل فقال (كمساقاته) لحائطين (مع شجر أطعم) أي بلغ الإثمار في أحدهما، وشجر لم يطعم، أي لم يبلغ حد الإثمار في عامه في الحائط الآخر أو لحائط واحد فيه شجر مطعم وشجر غيره مطعم، وليس الثاني تبعاً للأول (أو) مساقاة شجراً أو زرعاً (مع بيع) في صفقة واحدة (أو) مساقاة (اشترط) العامل فيها (عمل ربه) أي الحائط معه فيه سواء كان الحائط صغيراً أو كبيراً (أو) مساقاة اشترط العامل فيها عمل (دابة أو غلام) لرب الحائط معه فيه (وهو) أي الحائط (صغيراً أو) مساقاة اشترط فيها رب الحائط على العامل ما يخص رب الحائط من الثمرة من الحائط (حمله لمنزله) أي رب الحائط.

(أو) مساقاة اشترط رب الحائط فيها على العامل أن (يكفيه) أي العامل رب الحائط (مؤنة) حائط (آخر) بأن يعمل له فيه بلا جزء من ثمرته (أو) مساقاة الحائط سنين و (اختلف الجزء) المشروط للعامل (بـ) اختلاف (سنين) كثلث في سنة ونصف في أخرى وربع في أخرى (أو) مساقاة حوائط في عقد واحد واختلف الجزء باختلاف (حوائط) كنصف في حائط وثلث في حائط. وشبه في مساقاة المثل فقال

كَاخْتِلَافِهِمَا، وَلَمْ يُشْبِهَا. وَإِنْ سَاقَيْتَهُ أَوْ أَكْرَيْتَهُ، فَأَلْفَيْتَهُ سَارِقاً: لَمْ تَنْفَسِخْ، وَلْيُتَحَفَّظْ مِنْهُ: كَبَيْعِهِ، وَلَمْ يَعْلَمْ بِفَلَسِهِ،

(كاختلافهما) أي رب الحائط والعامل بعد العمل في قدر الجزء المشروط للعامل من الثمرة (ولم يشبها) أي رب الحائط والعامل بأن ادعى رب الحائط جزءاً أقل من المعتاد جداً والعامل أكثر منه جداً فيردان إلى مساقاة المثل إن حلفا أو نكلا .

ابن رشد والذي وجد لابن القاسم أنه يرد فيه إلى مساقاة مثله أربع مسائل ، اثنان منها في المدونة ، وهما إذا ساقاه في حائط وفيه ثمر قد أطعم ، وإذا اشترط المساقي على المساقى له يعمل معه في الحائط ، واثنان منها في العتبية وهما البيع والمساقاة في صفقة ، والمساقاة سنتين إحداهما على الثلث والأخرى على النصف ، ففي هذه كلها مساقاة المثل . عياض وكذلك مسألة خامسة وهي مساقاة حائط على أن يكفيه مؤنة أخرى ، وكذلك تلزم في حائطين على اختلاف الأجزاء ، وكذلك إذا اشترط العامل دابة أو غلاماً ليس في الحائط وهو صغير تكفيه الدابة ، وكذلك إن اشترط عليه أن يحمل حظ رب المال إلى منزله ، ففي كل هذه يرد إلى مساقاة مثله .

(وإن ساقيته) حائطك (أو أكريته) دارك (فألفيته) بالفاء أي وجدته (سارقاً) يخشى منه سرقة الثمرة وما يسقط من الشجر أو الأبواب ونحوها (لم تنفسخ) مساقاته ولا كراؤه (وليتحفظ منه) رب الحائط أو الدار . وأما إن اكتريته للخدمة فوجدته سارقاً فلك الفسخ لعدم إمكان التحفظ منه . فيها ومن استأجر عبداً للخدمة فألفاه سارقاً فهو عيب يرد به ، فقيل الفرق بينهما أن الأجير في الخدمة لا يقدر على التحفظ منه . وقال عبد الحق وابن يونس الفرق بينهما أن كراء العبد للخدمة وقع في منافع معينة فهو كمن اشترى دابة فوجدها معيبة بخلاف المكتري والمفلس والمساقي فإنما وقع الكراء فيها على الذمة .

وشبه في عدم الفسخ فقال (كبيعه) أي المفلس سلعة لم يقبض منه ثمنها (ولم يعلم) البائع له (بفلسه) فليس له فسخ البيع لتفريطه في عدم السؤال عن حاله قبل بيعه له ،

فيها ومن ساقيته حائطك أو أكريته دابتك ثم ألفيته سارقاً فلا يفسخ سقاؤه ولا كراؤه وليتحفظ منه ، وكذلك قال الإمام مالك رضي الله تعالى عنه من باع من رجل سلعة إلى أجل فإذا هو مفلس ولم يعلم البائع بفلسه أن البيع قد لزمه . ابن يونس لأن سقاءك في السقاء والكراء وقع على منافع معينة ، والمكتري والمفلس ، إنما وقع شراؤك على الذمة ، فإن لم يقدر على التحفظ منه أكرى عليه وسوقي عليه ولا يفسخ العقد .

(وساقط النخل) أي ما يسقط منه (كليف) وجريد وثمرة تلقيها الريح أو غيرها (كالثمرة) في القسم بين رب الحائط والعامل . فيها لابن القاسم رحمه الله تعالى وما كان من سواقط النخل من بلح أو غيره والجريد والليف وتبن الزرع فبينهما على ما شرطا من الأجزاء (و) إن تنازعا في صحة المساقاة وفسادها فـ (القول لمدعي الصحة) ظاهره ولو غلب فسادها وليس كذلك على الصواب . فيها لابن القاسم رحمه الله تعالى إن ادعى أحد المتساقيين فساداً فالقول قول مدعي الصحة . اللخمي القول قول مدعي الحلال ، سواء كان اختلافهما قبل العمل أو بعده ، ويحلف عليها قبل العمل وفصل في توجيه اليمين في اختلافهما قبله لا بعده ، ونحوه لابن رشد .

الحط فتأمله مع قول الشامل وصدق مدعي الصحة بعد العمل وإلا تحالفا وفسخت . أبو علي المسناوي ما في الشامل هو الذي لابن القاسم ، في العتبية وابن يونس والتلقين والتونسي وأبي الحسن وابن عرفة وغير واحد ، فإنه لما قال في المدونة فالقول قول مدعي الصحة قال أبو الحسن هذا بعد العمل . ابن يونس ابن القاسم في العتبية إذا تعاقدا فقال رب الحائط أنا ساقيتك الحائط وحده دون دواب ولا رقيق ، وقال الآخر بل بدوابه ورقيقه يتحالفان ويتفاسخان .

التونسي ينبغي أن يحلف مدعي الفساد وحده . وأما بعد فوات العمل فالقول قول مدعي الصحة مع يمينه . ابن يونس لأنه مدع العرف والآخر غير مدع له فوجب كون القول لمدعي الصحة ، ونحوه لابن عرفة ، لكن قال « غ » حمل أبو اسحق وابن يونس رواية العتبية على أنه من الاختلاف في الصحة والفساد ، وحملها ابن رشد على جواز

المساقاة على إخراج ما في الحائط من الدواب فكلاهما مدع للصحة ، فمن ثم قال فيهما يتحالفان ويتفاسخان ، وأما على منع ذلك وهو مذهب المدونة فالقول قول مدعى الصحة فتحصل أن طريقة ابن رشد واللخمي أن القول لمدعى الصحة مطلقاً ، وطريقة غيرهما التفصيل ، وعليها ما في الشامل . ومحل كون القول قول مدعى الصحة ما لم يغلب فسادها ، هذا هو الصواب ، بدليل تعليل ابن يونس ترجيح كون القول قول مدعى الصحة بالعرف ، أي فإن عكس العرف علل به ترجيح كون القول قول مدعى الفساد لشهادة العرف له كما في البيع .

(وإن قصر) بفتحات مثقلا (عامل عما) أي بعض العمل الذي (شرط) بضم فكسر أي شرط رب الحائط عليه عمله (حط) بضم الحاء المهملة وفتح الطاء المهملة مثقلة ، أي أسقط من الجزء الذي اشترط له في عقدها جزء من حظه نسبته له (بـ) مثل (نسبته) أي العمل الذي تركه لجميع العمل المشترط عليه ، فإذا شرط عليه الحرث ثلاث مرات فحرث مرتين حط من جزئه ثلثه . سحنون من أعطيته كرمة أو زيتونة مساقاة على أن يسقي ويقطع ويجني ، وعلى أنه يحرثه ثلاث حرثات فعمل ما شرط عليه إلا أنه لم يحرثه إلا حرثتين ، قال ينظر عمل جميع الحائط المشترط عليه من سقاه وحرث وقطع وجني فينظر ما عمل مع ما ترك ما هو منه ، فإن كان ما ترك يكون منه الثلث حط من النصف ثلثه إن كان ساقاه على النصف ، وإن كان ساقاه على الثلث أو الربع حط منه ثلثه . وأشعر قوله قصر بأنه لو لم يقصر بأن شرط عليه السقي ثلاث مرات فسقى اثنين وأغنى المطر عن الثالثة فلا يحط من نصيبه شيء . ابن رشد بلا خلاف ، قال بخلاف الإجارة بالدنانير والدراهم على سقاية حائطه زمن السقي ، وهو معلوم عند أهل المعرفة فجاء ماء السماء فأقام به حينا فيحط من إجارته بقدر إقامة الماء فيه ، لأن الإجارة مبنية على المشاحة كالبيع ، والمساقاة مبنية على المعروف ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

قال الشيخ الفقيه العالم عبد الرحمن بن عبد القادر الفاسي رحمهما الله تعالى لما كان باب

المفارسة مما ينبغي للمؤلفين المختصرين التعرض له ، وذكر أحكام المغارسة ومسائلها فيه ، ولكنهم لم يفعلوا ، ولما ذكر لم يتعرضوا ، ولا أدري ما قصدهم بذلك ، ولا مـا أرادوه هنالك ، وحيث بن أشرت اليه الشيخ الامام العالم العلامة القدوة الكامل أبو عمرو عثمان ابن الحاجب والشيخ الفاضل ، والأسوة الكامل خليل بن اسحق رحمهما الله تعالى ونفعنا بهما وبامثالهما ولا حاد بنا عن طريقهما ونهجهما وكان بعض شيوخنا أعلى الله تعالى مقامه ورفع في الدارين ذروته وسنامه ، كتب إلي أن أكتب بعض مسائلها ، وما يصح منها ، وما يترتب على فاسدها ، فكتبت اليـــه في ذلك بعض ما حضرني ، ثم طلب مني بعض أخواني من الطلبة ، ورغب إلي بعض أحبابي من أهل النسبة ، أن أجمع في الباب مسائل جمة ، وأن أذكر فيه أحكاماً مهمة ، هذا مع ما علم من جهلي وقصوري وبعدي عن طريق الحق بالكلية وتقصيري ، لكن لما رأيت من تأكيد طلبتهم ، وحيث رغبتهم أسعفتهم لما طلبوا ، وأجبتهم لما فيه رغبوا رجاء فيما عند الله تعالى من الثواب الجزيل ، واتقاء لما عنده من العذاب الجليل ، نسأله سبحانه وتعالى أن يمن علينا بتوبة نصوح ، بحيث لا يبقى معها إلى المخالفة ميل ولا جنوح ، وأن يصحبنا بعونه ، ويكون معنا دائماً بلطفه إنه ولي ذلك والقادر عليه ، ثم إني رأيت أن أذكر ما حضر لي في هذا الباب من جملة الأحكام التي اختطفتها من غير ما كتاب على طريقة الشيخ خليل في مختصره في اصطلاحه ومحاذاة عباراته ، ثم اتبعه إن شاء الله تعالى بذكر ما حضر كالشرح لتلك الألفاظ والبيان ، لما فيها من مقاصد وأغراض ، ونسأل الله تعالى التوفيق للصواب ، وأن يسلك بنا الزلفى وحسن مآب ، بجاه سيدنا محمد ﷺ وعلى آله والأصحاب .

★ ★ ★

﴿ باب ﴾

نُدِبَ ٱلْغَرْسُ ، وجازَتِ ٱلْمُغارَسَةُ

(بــاب)

(في بيان أحكام المغارسة)

(ندب) بضم فكرس (الغرس) بفتح الغين المعجمة وسكون الراء ، أي الشجر يثمر ، لقوله ﷺ ما من مسلم يغرس غرساً إلا كان ما أكل منه صدقة وما سرق منه صدقة ، وما أكل منه السبع فهو له صدقة ، وما أكلت الطير فهو له صدقة ، رواه مسلم عن جابر «رض». وقوله عليه الصلاة والسلام لا يغرس مسلم غرساً ولا يزرع زرعاً فيأكل منه إنسان ولا دابة ولا شيء إلا كانت له صدقة إلى يوم القيامة. وقوله ﷺ ما من رجل يغرس غرساً إلا كتب الله له من الأجر قدر ما يخرج من ذلك الغرس ، وقوله ﷺ من بنى بنياناً في غير ظلم ولا اعتداء أو غرس غرساً في غير ظلم ولا اعتداء كان له أجره جارياً ما انتفع به أحد من خلق الرحمن تبارك وتعالى . وقوله عليه الصلاة والسلام سبع يجري للعبد أجرهن وهو في قبره من علم علماً أو أجرى نهراً أو حفر بئراً أو غرس نخلا أو بنى مسجداً أو ورث مصحفاً أو ترك ولداً يستغفر له بعد موته .

(وجازت المغارسة) أي العقد على غرس شجر في أرض بعوض معلوم من غيرهما إجارة أو جعالة أو بجزء شائع منهما شركة ، فالعقد جنس شمل المعرف وسائر العقود ، وعلى غرس شجر فصل مخرج العقد على غيره ، وبعوض معلوم فصل مخرج التوكيل على غرس شجر بلا عوض ومن غيرهما ، أي الأرض والشجر عيناً كان أو عرضاً أو طعاماً أو حيواناً إجارة ، أي على وجه الإجارة اللازمة بعقدها التي لم يشترط في استحقاق عوضها توقفه على الإتمام أو جعالة ، أي على وجه الجعالة غير اللازمة بعقدها المتوقف استحقاق

فِي الْأُصُولِ، أو مَا يَطُولُ مُكْثُهُ : كَزَعفَرانٍ وقُطْنٍ : إجارَةً وجَعالَةً بِعِوَضٍ ، وشَرِكَةً بِجُزْءٍ مَعْلُومٍ : فِي الْأَرْضِ . والشَّجَرِ ،

عوضها على الاتمام أو بجزء شائع عطف على بعوض معلوم منهما ، أي الأرض والشجر شركة ، أي على وجه الشركة بينهما في الأرض والشجر. في الذخيرة المغارسة مفاعلة وأصلها كونها لصدور الفعل من فاعلين عليهما كالمضاربة والمناظرة والمدافعة، فيقتضي أن كل واحد منهما يغرس لصاحبه وليس كذلك فيجاب بأنها هنا باعتبار حصول العقد منهما وتجوز المغارسة (في الأصول) أي الأشجار (أو ما) أي زرع (يطول مكثه) في الأرض (سنين) وتجنى ثمرته مع بقائه فيها (كزعفران وقطن) فلا تجوز فيما يزرع كل سنة .

ابن عرفة من شرطها كونها في أصل لا في زرع ولا في بقل ، وفي جوازها في الزعفران الذي يقيم أعواماً ثم ينقطع قول سحنون وسماع ابن القاسم ، سحنون وتجوز في القطن الذي يبقى سنين لا فيما يزرع كل سنة ، وتجوز فيما ذكر سواء كان عقدها (إجارة) لازمة بمجرد عقدها غير متوقف استحقاق عوضها على الاتمام بأن يقول له اغرس لي هذه الأرض نخلا أو عنباً أو تيناً ، ولك كذا ديناراً أو دراهم أو عرض، كذا أو كذا عبداً إن كان الغرس من عند صاحب الأرض سواء سمى له عدد أم لا،لأنه معلوم بالعرف(وجعالة) غير لازمة بعقدها متوقفاً عوضها على الاتمام ، والواو بمعنى أو ، بأن يقول له اغرس هذه الأرض نخلا أو عنباً أو تيناً ، ولك بكل شجرة تنبت أو تثمر كذا ديناراً ودراهم أو عرض كذا وتنازع إجارة وجعالة في قوله (بعوض) بكسر العين وفتح الواو ، أي معلوم سواء كان دنانير أو دراهم أو حيوانا أو عرضا أو طعاماً فلا تجوز بمجهول لأنه غرر .

(وشركة) بينهما بـ (جزء معلوم) نسبته لكله كنصفه وثلثه فحذف لفظ معلوم من العوض لدلالة هذا عليه فلا تصح بجزء مجهول ، وصلة شركة (في الأرض والشجر) الذي يغرس بها وهذا القسم هو المقصود بهذا الباب ، لأن للاجارة والجعل بابين (لا) تصح

لاَ فِي أَحَدِهِمَا ، ودَخَلَ مَا بَيْنَ الشَّجَرِ مِنَ الأَرْضِ ، إِنْ لَمْ يَسْتَثْنِهِ أَوَّلاً ،

المغارسة على وجه الشركة بجزء معلوم (في أحدهما) أي الأرض أو الشجر لخروجها عن موردها . فيها إن قلت له اغرس هـذه الأرض شجراً أو نخلا ، فإذا بلغت كذا وكذا فالأرض والشجر بيننا نصفين جـاز ، وإن قال فالأصول بيننا فقط ، فإن كان مع مواضعها من الأرض جاز ، وإن لم يشترط ذلك وشرط ترك الأصول في أرضه حتى تبلى فلا يجوز اهـ ، وكذا لا يجوز أن يشترط أنه لا حق له في الشجر ، وأنـه لا ينتفع منها إلا بغلتها قاله في سماع عيسى ، ابن القاسم ابن عرفـة شرط صحتها كـون الأرض والشجر بينهما .

(ودخل) في الأرض المشتركة بينهما بالمغارسة (ما بين الشجر من الأرض إنلميستثنه) أي يشترط رب الأرض عدم دخوله فيها (أولاً)بشد الواو أي حين عقدها. اعلم أن الأرض ثلاثة أقسام الأول: الموضع المغروس فيه الشجر ودخوله فيها شرط صحة . الثاني :الأرض التي بين الشجر فهو مشترك بينهما ، فللعامل جزؤه منه مع بقاء الشجر وبعد فنائه إلا إذا استثناها ربها حين العقد فلا يستحق العامل شيئاً منها . الثالث: الأرض البعيدة عن الغرس فلا يستحق العامل شيئاً منها أيضا . وإن لم يستثنها ربها وهذه ، والأولى مفهوم مـا بين الشجر ففيه تفصيل وأنه قسم: ابن رشد والمتيطي وابن عرفة وغيرهم المغارسة إلى الاقسام الثلاثة التي تقدمت .

ابن عرفة المغارسة جعل وإجارة وشركة في الأصول ، سمع ابن القاسم من قاضي رجلا على غرس نخل أرضه على أن له في كل نخلة تنبت جعلا مسمى ، وإن لم ينبت فلا شيء له وله الترك متى شاء فلا بأس به إن شرطا النخل قدراً يعرف أربع سعفات أو خمسا . ابن رشد المغارسة على الجعل جائزة ، وكذا على الإجارة وعلى جزء من الأصل ، وفيها ان قلت له اغرس لي أرضي هذه نخلا أو شجراً بطائفة أخرى من أرضك جاز ، ككراء الأرض بالخشب ، وإن قلت له اغرسها شجراً أو نخلا، فاذا بلغت كذا وكذا سعفة والشجر قدر

كذا فالأرض والشجر بينهما نصفين،فذلك جائز، وإن قال فالأصل بيننا فقط، فإن كان مع مواضعها من الأرض جاز وإن لم يشترط واشترط بقاء تلك الأصول في أرضه حتى تبلى فلا يجوز .

ابن رشد للمغارسة سنة تخصها فليست محض إجارة ولا جعل بل تشبه الإجارة بلزوم عقدها ، والجعل بوقف عوضها على ثبوت الغرس . وسمع عيسى ابن القاسم لو قال استأجرتك على غرس أرضي هذه كذا وكذا نخلة إن نبت فهي بيننا جاز ، وهو جعل لا إجارة له الترك متى شاء ، ولو ماتت لم يكن له شيء ، ولو لم يكن جعلا ما جاز إذ لعله أن يعمل فيبطل ولا يقدر أن يخرج فيذهب عمله بغير شيء ، ولو استأجره على أن يغرس في حائطه هذا ، كذا وكذا نخلة بنصف أرضه هذه لجاز ، وكانت إجارة ولا ترك له حتى يفرغ من غرسه ، فإن غرسها وغيبها في أرضه ثبت أجره ولو عطبت .

ابن رشد قوله إن ثبتت فهي بيننا يريد وما نبت منها فهو أيضا بيننا لأنا لو حملناه على ظاهره من أن العامل لا يجب له شيء إلا بثبوت كل النخل ، للزم إن ثبت بعضها فقط أن لا يكون للعامل فيه شيء ، وهذا باطل اتفاقا ، ولم يلتفت الى لفظ الاجارة في قوله استأجرتك لما شرط فيها لعمل على حكم الجعل ، وهو قوله فيها له الترك متى شاء ، ولو ماتت لم يكن له شيء ، وإنما ينظر الفعل لا القول . وقوله : أن المغارسة في الأرض على جزء منها لا تجوز إلا على وجه الجعل ، بأن لا يلزم التمادي ، وله الترك متى شاء ، بخلاف المشهور من أنها في الأرض على جزء جائزة على لزوم عقدها لهما ، وإن كان لا يحمله القياس قياساً على المساقاة ، وإن كان فيه اعتراض لأن شرط المجاعلة كون الجعل فيها معلوماً والجعل في هذه المغارسة غير معلوم ، لأنه الجزء الذي شرطه له من الأرض بعد غرسها ولا يدري كيف يكون الغرس .

وتصح المغارسة (إن اتفقا) أي رب الأرض والغارس (على قدر معلوم تبلغه الشجر ولا تثمر) الشجر (دونه) أي قبل بلوغها القدر المعلوم قاله الإمام مالك رضي الله تعالى

عنه . ابن القاسم أراد كالقامة أو نصفها ، زاد غيره أو ستة أشبار ونحوها بشبر متوسط، فإن اتفقا على تحديدها بقدر لا تبلغه الشجر إلا بعد إثمارها فسدت . ابن رشد وشرط صحتها توفيتها بشباب معلوم قبل الإطعام . المتيطي إن جعلاها إلى قدر سمياه ويثمر الشجر قبله فلا يجوز . ابن عرفة في سماع حسين بن عاصم لابن القاسم ما حد الشباب الذي وصف مالك ، قال حد الشجر في ارتفاعها قدراً معلوماً كقامة أو نصفها وما أشبه ذلك في سعفات يلقيها الشجر معروفة والسعفة بالتحريك غصن النخل قاله الجوهري .

وشبه في الجواز فقال (كتحديدها) أي المغارسة (بالأثمار) ابن عرفة سمع ابن القاسم جواز حدها بالأثمار . ابن رشد أجازه في هذا السماع وفي رسم الجواب وفي الموازية، وله في موضع آخر منها منعه لأنه لا يدري متى تثمر . المصنف الظاهر أن هذا ليس خلافاً حقيقياً ، وأن القول بالجواز محمول على ما يعلم وقت إطعامه بالعادة ، والقول بالمنع محمول على ما لا يعلم وقت اطعامه .

(أو) تحديدها بـ (أجل) من الأشهر والسنين يتم (دونه) أي قبل الإثمار . ابن عرفة وإن حدها بأجل دون الإطعام ، ففي صحتها ومنعها أول سماع حسين بن عاصم ابن القاسم وما في أثنائه مع رواية الواضحة (لا) يجوز تحديدها بأجل تبلغه (بعده) أي الإطعام . الكافي المغارسة إلى الإطعام هي الجائزة الصحيحة . ابن سلمون المغارسة إلى الإثمار جائزة ، وتجوز إلى شباب معلوم ما لم يكن يثمر قبله . المتيطي إن جعلت إلى الإثمار كان حسناً لأنه معروف ، ومثله في مفيد الحكام لابن هشام . وفي المهذب الرائق في تدريب القضاة وأهل الوثائق . ابن رشد وأما إذا كان الأجل إلى ما فوق الإطعام فلا تجوز المفيد ، فإن حدا شباباً يكون بعد الإطعام أو مدة تكون فوقه فلا تجوز وتفسخ ، ومثله في المهذب والعتبية من سماع ابن القاسم فيمن أعطى رجلاً أرضه ليغرسها على أنها إن بلغت كذا قدراً سمياه فالأرض والشجر بينهما فأطعمت قبله، قال لا يصح أن يتعامل على مثل هذا ، ولا تصح المعاملة في هذا لا على ما دون الإطعام أو إلى الإطعام .

وَحُلاً عَلَيْهِ عِنْدَ السُّكُوتِ ، وَصَحَّتْ : كَاشْتِرَاطِهِ عَلَى الْعَامِلِ
مَا خَفَّتْ مُؤْنَتُهُ كَزَرْبٍ لاَ مَا عَظُمَ مِنْ بُنْيَانٍ. وَهَلْ تَلْزَمُ بِالْعَقْدِ؟

(وحلا) بضم الحاء المهملة وكسر الميم ، أي العاقدان (عليه) أي الإثمار (عند السكوت) عن التحديد عند العقد (وصحت) المغارسة التي سكتا عن تحديدها حين عقدها في المهذب عن المنتخب . ابن حبيب لو لم يذكر للشجر حد الجاز وجعل الإثمار والشباب التام الذي يعرف ، لأنه الأمر الذي عرفه الناس في المغارسة . ابن عرفة لو سكتا عن التحديد ففي جوازها ومنعها سماع عيسى ابن القاسم ، وقول ابن حبيب وجعله للاثمار ، ومثله لابن رشد ، والظاهر من كلام المؤلفين في الباب أن قول ابن حبيب هو المشهور ، ولذا اقتصرت عليه في الأصل ، وهذا إذا جرى العرف بتحديدها بالإثمار . وأما إذا كان العرف جارياً على الوجه الفاسد كما في بعض من عقدها على عمل العامل ما عاش ، فلم يقل أحد بصحتها لما تقدم أن التحديد شرط في صحتها ولم يذكروا لعقد المغارسة صيغة معينة .

وشبه في الجواز فقال (كاشتراطه) أي رب الأرض (على العامل ما) أي عملا (خفت مؤنته كزرب لا) يجوز لرب الأرض أن يشترط على العامل (ما عظم) بضم الظاء المعجمة (من بنيان) لحائط مثلا (وحفر بئر وإزالة شعراء) كحمرله ، أي أشجار ثابتة بنفسها لا ثمر لها. في المتيطية إن كانت الأرض مشعرة كلها فلا تجوز المغارسة ، لأن تنقيتها من الشعراء لها قدر وبال ، وهي زيادة في الجاعلة ، وكذلك إن شرط عليه بناء جدار حول الأرض مما تكثر النفقة فيه فلا يجوز ، وهو غرر ، لأن الغرس ربما لم ينبت أو يهلك قبل بلوغ الحد المشترط فترجع الأرض إلى ربها، وقد انتفع بتنقيتها والبنيان حولها ويذهب عمل الغارس باطلا ، فأما إن كان فيها لمع يسيرة من الشعراء تخف إزالتها فلا بأس باشتراط ذلك عليه اهـ. ابن سلمون لا يجوز أن يشترط عليه ما تعظم نفقته إلا أن يشترط عليه التزريب الخفيف أو ما قل من البناء .

(وهل تلزم) المساقاة عاقديها (و) بمجرد (العقد أو) لا تلزمهما (إلا إن شرع)

أو إلَّا أنْ يَشرَعَ فِي العَمَلِ ؟ خِلافٌ ، وعَمِلَ العامِلُ ما دَخَلَ عَلَيْهِ عُرفاً ، أو تَسْمِيَةً . وضَمِنَ إنْ فَرَّطَ فإنْ عَجَزَ أو غابَ بَعْدَ العَقْدِ وعَمِلَ رَبُّهُ أو غَيْرُهُ : فَهُوَ عَلَى حَقِّهِ إنْ شاءَ وعَلَيْهِ الأُجرَةُ ، إلَّا أنْ يَترُكَهُ أوَّلاً ،

العامل (في العمل) في الجواب (خلاف) أي قولان مشهوران ، فقد صرح ابن رشد بمشهورية لزومها بالعقد واقره . ابن عرفة وأما القول الثاني فعليه اعتمد كثير من المؤلفين والموثقين . ابن رشد في المقدمات ليست المغارسة بإجارة منفردة ولا جعل منفرد ، وإنما هي سنة على حيالها وأصل في نفسها أخذت شبها من البابين أشبهت الإجارة من جهة لزومها بالعقد والجعل من جهة أن الغارس لا يجب له شيء إلا بعد ثبوت الغرس وبلوغه الحد المشترط ، فان بطل فلا شيء له ولا كان من حقه أن يعيده مرة أخرى .

(وعمل) بفتح فكسر (العامل) وجوباً (ما) أي العمل الذي (دخل) العامل في عقد المغارسة (على) عمل(ه حين عقدها عرفاً) أي بسبب عادتهم فيها (أو تسمية) من العاقدين (وضمن) العامل ما تلف من الشجر (إن فرط) بفتحات مثقلا العامل في تعاهده . في المتيطية يتعاهد العامل الأشجار بالحفر والسقي والتنقية إلى أن تبلغ الأثمار أو الحد المشترط ، فان فرط فيها حتى أصابها ما أهلكها بسبب تفريطه فيضمن لرب الأرض نصيبه منها ، نقله صاحب الدرر عن الوغليسي .

(فان عجز) العامل عن عمل ما دخل عليه بمانع طرأ له (أو غاب) أي سافر العامل من البلد (بعد العقد) للمغارسة وقبل شروعه في العمل (أو عمل) العامل (البعض) مما دخل عليه (وعمل ربه) أي الشجر (أو غيره) الباقي مما دخل عليه العامل (فهو) أي العامل (على حقه) في الأرض والشجر (إن شاء) العامل البقاء على مغارسته ، وإن شاء تركه (وعليه) أي العامل (الأجرة) لما عمله ربه أو غيره في كل حال (إلا أن يتركه) أي العامل عمل المغارسة ويفسخه عن نفسه (أولا) بشد الواو ، أي قبل

وَوَجَبَ بَيانُ مَـــا يُغْرَسُ ؛ كَعَدَدِهِ إلَّا أَنْ يُعْرَفَ عِنْدَ أَهْلِهِ ،

عمل غيره فلا شيء عليه ولا له ، يعني أن العامل إن عجز عن العمـــل بمانع حدث له أو تركه لغيبته بعد عقدها وقبل عمله شيئاً أو بعض غرسة بعضاً فأقام رب الأرض من غرسها بأجرة أو غرسها ربها بنفسه أو أقام من تولي ما غرسه العامل الاول بالسقي والتنقيـــة ونحوهما ، حتى تم الغرس ، ثم قام العامل الأول أو قدم وأراد الدخول في حقه فله ذلك وعليه أجرة ما عمله غيره ، هذا حاصل ما قاله ابن رشد عن ابن القاسم ، ثم عارضه بماله في غير هذا الباب من كتاب الجعل والاجارة في حفر البئر ونحوها ، وخرج الخلاف هنـــا من تلك فان ترك حقه وأراد رب الأرض أخذه به ففيه خلاف .

ابن رشد لو لم يطلب الأول حقه وقال لا حاجة لي به وطلب الذي عمل عنه أجـــرة عمله منه لتخرج على الخلاف في لزوم المغارسة بالعقد كالمساقاة ، وعدم لزومها به كالجعل ولو عجز قبل أن تفوت المغارسة في الأرض فغارس ربها فيها غيره كان الأول أحق وعليه قيمة عمل الثاني ، وإن ترك حقه أولا وسلم فيه قبل عمل غيره ثم عمل غيره ثم أراد الأول الرجوع فلا شيء له .

(ووجب) شرطا في صحة المغارسة (بيان) نوع (ما) أي الشجر الذي (يغرس) بالأرض لاختلاف الاشجار في مدة الاثمار وخدمتها بالقلة والكثرة . وشبـــه في وجوب البيان فقال (كعدده) أي ما يغرس فيجب بيانه (إلا أن) بفتح فسكون حـــرف صلته (يعرف) بضم التحتية وسكون العين وفتح الراء ، أي يكون قدر ما يغرس فيها معروفاً (عند أهله) أي الغرس بعض الموثقين تكتب في عقد المغارسة دفع فلان إلى فلان أرضه ليغرسها كذا وكذا شجرة من جنس كذا وكذا من زيتون أو رمان حلو أو حامض أو مر . وأما تسمية عدد ما يغرس فحسن ، فان لم يحصرها جاز ، لأن ما يبقى شجره وأخرى معروف . بعض المتأخرين إنما تجوز مغارسة الأنواع إذا كان اطعامها متفقاً في زمن واحد أو مثلا حقاً ، فان اختلفت بالتبكير والتأخير فلا تجوز في عقد واحـــد . البرزلي ظاهر قول ابن حبيب خلاف هذا والله أعلم .

وَمُنِعَ جَمْعُها مَعَ بَيْعٍ أو إجارَةٍ : كَجُعْلٍ ، وَصَرْفٍ وَمُساقاةٍ ، وَشَرِكَةٍ ، وَنِكاحٍ . وَقِراضٍ ، وَقَرْضٍ وَٱقْتَسَماها إِنْ بَلَغَ ٱلحَدَّ ٱلْمُشْتَرَطَ ، أو تَوَلَّيا ٱلعَمَلَ ، وإِنْ هَلَكَتِ ٱلأَشْجارُ بَعْدَهُ ، فَالأَرْضُ بَيْنَهُما ولاَ شَيْءَ لِلْعامِلِ فِيما قَلَّ ، إِنْ بَطَلَ ٱلْجُلُّ ، إِلّا أَنْ يَتَمَيَّزَ بِناحِيَةٍ ،

(ومنع) بضم فكسر (جمعها) أى المغارسة (مع بيع أو إجارة) في عقد واحد وشبه في المنع فقال (ك) جمعها مع (جعل وصرف ومساقاة وشركة ونكاح وقراض وقرض) ثم قال (واقتسماها) أي رب الأرض والغارس بها الأشجار (ان بلغ) الشجر (الحد المشترط) حال عقد المغارسة كالاثمار أو القامة أو نحوها أو الاشبار (أو) أبقياها مشتركة بينهما على ما دخلا عليه و (توليا) أي الشريكان في الأشجار (العمل) فيها بانفسهما أو باجرائهما .

في المتيطة ويتعاهد العامل الأشجار بالحفر والسقي والتنقية حتى تبلغ الإطعام أوتبلغ كل شجرة منها قامة أو نحوها ، أراد على حسب ما اتفقا عليه فتكون الأرض حينئذ والشجر بينهما فيقتسمانها ، إن أحبا أو ينقيانها مشتركين بينهما على الشيوع إن شا آ ويكون العمل بينهما بقدر حظ كل منهما .

(وإن هلكت الأشجار بعده) أي الحد المشترط بآ فة أو عاهة أو جائحة سماوية أو احتراق (فالأرض) مشتركة (بينهما) أي ربها والعامل على حسب ما عقدا عليه من مناصفة أو غيرها . ابن سلمون إذا بلغ الغرس الحد المشترط وجب للعامل حظه ، فإن لم يقتسماه واحترق الغرس أو طرأت عليه آفة فالأرض بينهما ونحوه في المتيطية . ومفهوم بعده انها إن هلكت قبله فلا شيء للعامل كالجمالة (ولا شيء للعامل فيما) أي الشجر الذي (قل) بفتح القاف واللام مثقلاً (إن بطل الجل) بضم الجيم وشد اللام أي هلك أكثر الشجر ولم ينبت في كل حال (إلا أن يتميز) الأقل السالم (بناحية) من الأرض

أَوْ كَانَ لَهُ قَدْرٌ بِخِلَافِ الْعَكْسِ ، وَلَيْسَ لَهُ قَبْلَهُ جُعْلٌ ، كَبَقْلٍ ، إِلَّا بِإِذْنٍ ، وَإِنِ اخْتَلَفَا فِي الْجُزْءِ : حُمِلَا عَلَى الْعُرْفِ ، وَالْقَوْلُ لِمُدَّعِي الصِّحَّةِ ،

(أو كان) الأقل (له) أي الاقل (قدر) بفتح فسكون ، فللعامل نصيبه منه يعني أن الأشجار إذا خابت لم ينبت منها إلا القليل فلا شيء للعامل فيه إذا كان الأقل متفرقاً وكان لا قدر له ، فإن كان متميزاً بناحية من الأرض أو كان له قدر وبال فلهحظه منه.

(بخلاف العكس) أي بطلان الاقل وسلامة الجل فللعامل نصيبه من الأرض والشجر ابن سلمون إن أثمر البعض دون البعض ، فان كان الذي أثمر أكثرهـا كان غيره تبعاً له واقتسما الجميع ، وإن كان الأقل فان كان إلى ناحية بعينها كانت بينهما وسقط العمل بها ويعمل الباقي حتى يثمر ، وان كان مختلطا لزمه العمل في الجميع حتى يثمر معظمه والثمرة بينهما ، ونحوه للمتيطي وابن عرفة .

(وليس له) أي العامل (قبله) أي الحد المشترط من الإثمار أو غيره (جعل) بفتح فسكون أي زرع (كبقل) بفتح الموحدة وسكون القاف بين الشجر (إلا باذن) من رب الأرض ، لأنه لا يستحق شيئاً منها إلا بالتمام . سئل الوانشريسي عمن أخذ ارضاً مغارسة فغرسها ، ثم جعل في عمارة الغرس مقاثىء وبقولا ، فأجاب ليس للغارس أن يعمل في الارض شيئاً إلا بإذن ربها ، فان عمل قبل إذنه فالغلة له وعليه الكراء . قال وسئل أبو الحسن الصغير عن الغارس يزرع فولاً بين الاشجار قبل الاطعام فيطلب رب الارض قبل الابان أو بعده ، فأجاب بانه متعد، إذ لاشيء له في الأرض إلا بعد الاطعام فلصاحب الأرض القلع في الابان والكراء بعده ، ويمنع رب الأرض الضامن لزراعتها لأنه يضر الغرس إلا أن تكون لهم عادة .

(وإن اختلفا) أي رب الأرض والعامل بعد العمل (في الجزء) الجعول للعامل من الأرض والشجر (حملا) بضم فكسر ، أي رب الأرض والعامل (على العرف) بين أهل بلدهم في مغارستهم (و) إن اختلفا في صحتها وعدمها فـ (ا) لقول لمدعي الصحة

إلا أنْ يَغْلِبَ الْفَسادُ ، وفُسِخَتْ فاسِدَةٌ بِلاَ عَمَلٍ . وإلّا ، فهَلْ تَمْضِي ويَتَرادّانِ الأرْضَ والْعَمَلَ إنْ جُعِلَ لِلْعامِلِ جُزْءٌ ؟ أو إنْ كانَ كذَلِكَ قِيمَةُ غَرْسِهِ وعَمَلِهِ فَقَطْ ؟ وإلّا فَفِي كَوْنِهِ كِراءً فاسِداً أو إجارَةً فاسِدَةً كذَلِكَ ؟

لأنها الاصل في عقود المسلمين في كل حال (إلا أن يغلب الفساد) في عرفهم فالقول لمدعيه لنسخه الاصل قاله ابن رشد وابن عرفة وفيه خلاف .

(وفسخت) بضم فكسر مغارسة (فاسدة) إن كانت (بلا عمل) من العامل في الارض قبل ظهور فسادها فترد الارض لربها ولا شيء لأحدهما على الآخر (وإلا) أي وإن لم تكن بلا عمل بأن عمل العامل فيها قبل ظهور فسادها (فهل تمضي) المغارسة بينهما إلى تمامها بالعقد المدخول عليه كالصحيحة (ويترادان) أي رب الأرض وغارسها (قيمة الأرض و) قيمة (العمل) فيرجع رب الأرض بنصف قيمتها على العامل والعامل بنصف قيمة عمله على رب الأرض الأرض فيتقاصان ومن زاد عليه شيء يدفعه للآخر (إن) كان (جعل) رب الارض (للعامل جزءاً) من الأرض والشجر حين عقدها ، فان لم يجعل له جزءاً فتنفسخ ، وهذه طريقة بعض المؤلفين فيها غير ابن رشد .

(أو إن كان) عقد المغارسة (كذلك) المذكور في كونه بجزء للعامل ، والموضوع ظهور الفساد بعد العمل (فله) أي العامل على رب الارض (قيمة غرسه وعمله فقط) أي ولا شيء له من الأرض والشجر (وإلا) أي وإن لم تكن كذلك في كونها بجزء للعامل ، بأن كانت بلا جزء له من الأرض والشجر (ففي كونه) أي العقد (كراء) للأرض (فاسداً) فالغلة كلها للعامل ، وعليه كراء المثل فيما مضى ، ويخير رب الأرض في الزامه بقلع غرسه وإبقائه لنفسه ودفع قيمته له مقلوعاً .

(أو) كونه (اجارة) للعامل (فاسدة) فالارض والشجر لرب الارض ولا شيء منهما للعامل احال كونها (كذلك) المذكور في أنه ليس للعامل الا قيمة غرسه وعمله

قَوْلاَنِ تَرَدُّدٌ ،

(قولان) مبتدأ خبره في كونه كراء فاسداً أو اجارة كذلك ، وهذه طريقة ابن رشد (تردد) أي طريقتان مبتدأ خبره محذوف ، أي في جواب هل تمضي الخ ، يعني أن المغارسة الفاسدة اذا اطلع عليها قبل شروع العامل في عملها فانها تفسخ ولا شيء لواحد منهما على الآخر ، وان اطلع عليها بعد الغرس ومعالجته ففيها طريقتان ، الأولى لبعض المؤلفين النظر في المغارسة ، فان كان فيها جزء للعامل من الارض والشجر وفسدت من وجه آخر ككونها لأجل بعيد يثمر الشجر قبله أو يخدمها العامل ما عاش فتمضي ، ويترادان قيمتي الارض والعمل بينهما أي يرجع صاحب الارض على العامل بنصف قيمة الارض ، ويرجع العامل عليه بنصف قيمة عمله ، وإن لم يجعل له جزءاً منها تفسخ قاله الإمام مالك رضي الله تعالى عنه إلا أن هذا الشرط ومفهومه لم يذكروه عنه ، وإنما أخذناه من قوة كلامهم .

الطريقة الثانية . لابن رشد ومن وافقه إنه إن كان فيها جزء العامل فله قيمة غرسه ، أي الأعواد التي غرسها وعمله أي معالجته إلى يوم الحكم ، وعبارة ابن رشد إذا جعل له جزءاً من الأرض على وجه لا يجوز في المغارسة ، كقوله أغرس هذه الأرض وقم على غرسها كذا وكذا سنة أو حتى تبلغ كذا وكذا لأجل أو حد يكون الإطعام دونه ، ففيها ثلاثة أقوال ، أحدها إنها إجارة يرد عليه الغارس ما أخذ منها يريد من الثمرة مكيلتها إن عرفت وخرصها إن جهلت ، ثم قال وهذا هو القول الصحيح اهـ ، وعلى هذا فالغرس كله لرب الأرض ، ولا شيء منه للعامل .

وأما إن لم يجعل للعامل جزء من الأرض بأن قال له أغرسها والثمر فقط بيننا والثمر والشجر فقط بيننا ولا شيء لك من الأرض ، أو قال له ما دامت الأشجار قائمة فإنك تنتفع بها في الأرض ، وإن ذهبت فلا حق لك فيها ، فقيل إنه كراء فاسد وهو قول ابن القاسم . وقال أشهب وسحنون إجارة فاسدة فعلى أنه كراء الغلة كلها للعامل ولرب الأرض كراء أرضه من يوم أخذها . وقيل من يوم غرسها . وقيل من يوم إثمارها ويخير رب الأرض في أمره بقلع شجره وإعطائه قيمته مقلوعاً . وقيل قائماً لأنه غرسه بشبهة ،

وما فاتَ مِنْ غَلَّةٍ : رَجعَ صاحِبُها بِمِثْلِها ، إنْ عُلِمَتْ : كالمِثْلِيِّ في غَيْرِها ، وإذا غَرَسَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ أو بَنَى : فَلِلآخرِ الدُّخولُ مَعَهُ ، ويُعْطِيهِ قِيمَةَ ذَلِكَ قائِماً .

وعلى أنها إجارة فاسدة فالغلة كلها لرب الأرض ، ويرجع بمكيلة ما أخذه منها إن علمت وخرصها إن جهلت ، وللعامل أجر مثله في غرسه وسقيه وعلاجه ، وفيها أقوال أخر .

(وما فات من غلة) بيان ما عند من لا يستحقه من رب الأرض أو العامل (رجع صاحبها) أي الغلة الذي يستحقها وهو رب الأرض في الإجارة الفاسدة والعامل في الكراء الفاسد على من فاتت بيده ، وهو العامل في الإجارة الفاسدة ورب الأرض في الكراء الفاسد ، وصلة رجع (بمثل) كيل(ها) أو وزنها (إن علمت) بضم فكسر الغلة قدراً بكيل أو وزن (و) رجع صاحبها (بقيمتها) أي الغلة (إن جهلت) بضم فكسر الغلة قدراً من كيل أو وزن (ك)الرجوع ب(المثلي) المكيل أو الموزون أو المعدود المجهول الفائت بيد من لا يستحقه (في غيرها) أي المغارسة .

وقال ابن رشد إن جهلت يرجع بخرصها ، أي قدرها بالتقدير والاجتهاد والحزر ، والصواب الأول لتأدية الرجوع بالخرص إلى ربا الفضل ، ولذا قال ابن رشد في كتاب الاستحقاق من استهلك فولا مجهول القدر فعليه قيمته لا مثله. وقال اللخمي غاصب الطعام يغرم مثله صفة وقدراً ، فإن كان جزافاً جهل كيله غرم قيمته يوم غصبه .

(وإذا غرس أحد الشريكين أو بنى) في الأرض المشتركة بينهما في غيبة شريكه أو حضوره غير عالم (فل)لشريك (الآخر) الذي لم يغرس ولم يبن (الدخول معه) أي الباني أو الغارس فيما غرسه أو بناه (ويعطيه) أي الآخر الداخل الباني أو الغارس (قيمة ذلك) الغرس أو البناء حال كونه (قائماً) لوضعه بشبهة الشركة أي حصته منها .

سحنون أخبرني ابن القاسم عن مالك رضي الله تعالى عنهم في أرض بين رجلين احتفر أحدهما بئراً أو غرس غرساً ، فيها فأراد الآخر الدخول معه أنه يكون له في البئر بقدر ما له في الأرض .

ابن رشد قال الإمام مالك رضي الله تعالى عنه في هذه الرواية إن أراد الشريك أن

يدخل مع شريكه فيما بنى أو حفر أو غرس فعليه في البئر بقدر مـــا له في الأرض ،ولم يبين هل يكون حظه من النفقة التي أنفقها أو من قيمة العمل قائماً أو منقوضاً ، وفيـــه تفصيل لأنه إما أن يكون الغرس أو البناء أو الحفر مع غيبة الشريك الثاني أو مع حضوره وسكوته عالماً أو مع إذنه ، فإن كان غائباً غير عالم فيتخرج فيه قولان ، أن يكون له قدر حظ شريكه من قيمة عمله قائماً ، لأن الشركة في الأرض شبهة إلا أن يزيد على قدر حظه من النفقة التي أنفقها فلا يزاد عليه ، والثاني أن الشركة ليست شبهة فليس له سوى قيمة حظه منقوضاً ،وهذا قول ابن القاسم ،وإن كان الغرس ونحوه مع حضوره وسكوته .

فإن قلنا السكوت إذن فاختلف هل له كراء حصته فيما مضى قبل قيامه أم لا ، على قولين ،وعلى الأول لا بد من يمينه أنه ما سكت راضياً بترك حقه ، وإن قلنا ليس السكوت إذناً فله كراء الماضي قولاً واحداً ، وإن كان الغرس ونحوه بإذن الشريك فحكمه حكم ما تقدم في السكوت على أنه إذن وإن أراد مقاسمته فقال ابن القاسم تقسم الأرض بينهما ، فإن كان بنيانه وغرسه فيما صار له من الأرض كان له ذلك ، وعليه من الكراء بقـــدر انتفاعه بنصيب صاحبه ، وإن كان البناء والغرس في نصيب غيره خير الذي صار في حظه بين إعطائه قيمته منقوضاً وبين إسلامه إليه ونقضه ،هذا كلام ابن القاسم ، وظاهره سواء اتفقا على القسمة أو اختلفا فيها أما في الصورة الاولى فلا إشكال فيها وأمـــا في الثانية فالذي يـــأتي على مذهب المدونة أن يعطى القائم لشريكه قدر حظه من الأرض ، ثم يقتسمان أو يتركان اهـ ، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب ، وإليه المرجع والمآب وصلى الله عليه وسلم على سيدنا محمد وآله والاصحاب .

تم الربع الثالث من الكتاب بمحض فضل الله تعالى الملك الوهاب ، فلله الحمد والشكر دائماً بعد عصر يوم الاربعاء لخمس بقيت من شهر صفر من سنة سبعـــة وثمانين ومائتين وألف من هجرة من له نهاية الشرف ،سيدنا محمد عليه الصلاة والسلام ،والحمد لله رب العالمين ، كتبه محمد عليش تاب الله عليه ورحمه ووالديه والمسلمين أجمعين آمين (١)

(١) وقد أشار في التسهيل أن تمام الربع الثالث منه كان في ست بقين من شعبان من العام التاسع والثانين من القرن الثالث بعد الالف من الهجرة بين الظهر والعصر. اهـ مصححه .

﴿ باب ﴾

صِحَّـــةُ ٱلإِجَارَةِ

(بـــاب)

في بيان أحكام الاجارة وكراء الدواب والحمام والدار والأرض وما يناسبها

(صحة) بكسر الصاد المهملة وشد الحاء ، أي موافقـــة (الإجارة) الشرع بكسر الهمز وحكى ضمه من الاجر ، أي الجزاء ، وفي فعلها المد والقصر ، وأنكر الاصمعي المد. عياض وهو الصحيح ، ونقله غير واحد ، ولما كان أصل هذه المـــادة الثواب على العمل ، وهو منفعة خصت الإجارة في اصلاح الشرع بالعقد على المنفعة على قاعدة العرب من تخصيص كل نوع من جنس باسم ليحصل التعارف عند التخاطب ، وقد علم وضع الفعالة بالكسر للصنائع نحو الصباغة والحياكة والخياطة والتجارة والفعالة بالفتح لاخـــلاق النفوس ، كالسماحة والشجاعة والفصاحة والفعالة بالضم لما يطرح من المحقرات نحو الكناسة والقمامة والنخالة ، أفاده في الذخيرة .

وفي اللباب حقيقتها تمليك منفعة معلومة بعوض معلوم ، وعرفها ابن عرفة بأنها عقد معاوضة على منفعة ما يمكن نقله غير سفينة وبهيمة بعوض غير ناشىء عنها بعضه يتبعض بتبعيضها فيخرج كراء الدور والسفن والرواحل والقراض والمساقاة والمغارسة والجعل ، قال وقلت بعضه يتبعض خوف نقض عكسه بمثل قوله تعالى أنكحك إحـــدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثماني حجج ، فإنها إجارة إجماعاً لقولها يا أبت استأجره ، وعوضها لا يتبعض ، وقول القاضي هي معاوضة على منافع الاعيان لا يخفى بطلان طرده ، ونحوه قول عياض بيع منافع معلومة بعوض معلوم مـــع خروج فاسدها عنه ، والحد يتناول الصحيـــح والفاسد

وقولها يجوز أن يستاجر طريقا في دار رجل أو مسيل صب مرحاض مجازاً لانــه أخف من الاشتراك ، واعترضه « غ » بأن لفظ البعض مبهم لا يناسب التعريف ، وبأنه يلزمه دخول الجعل في التعريف فيبطل طرده على أنه لو حذف لفظ بعض لم تخرج الإجارة بالبضع ، لان تبعيض المنفعة فيها يوجب الرجوع في صداق المثل ، وهو يتبعض بتبعيضها فتدخل في قوله يتبعض الخ ، أي حقيقة ، أو حكما، ولو قال يتبعض بتبعيضها أو بضعا وحذف لفظ بعض السلم من ذلك كله . القرناطي الإجارة تطلق اصطلاحا على العقد على العاقد والمنقول إلا السفينة والبهيمة والكراء على العقد على منافع ما لا ينقل والسفينــة والبهيمة ، هذا هو الأصل ، وقد يطلق أحدهما على معنى الآخر، ففيها إن استأجرت منه داراً بثوب الخ .

وفي اللباب خص تمليك منفعة الآدمي باسم الإجارة وتمليك منفعــة المملوكات باسم الكراء وحكمها الجواز ابتداء واللزوم بنفس العقد ما لم يقترن به ما يفسدها . ابن عرفة محمد هي جائزة إجماعاً . الصقلي خلاف الأصم فيها لغو ، لأنه مبتدع ، وفيها مع غيرهــا عقدها لازم كالبيع اه ، وقد يعرض لها الوجوب إذا لم يجد إلا من يستاجره ووجبت إعانته وحكمة مشروعيتها التعاون ودفع الحاجات ، وقد نبه الله تبارك وتعالى على هــذا بقوله تعالى ﴿ ورفعنا بعضهم فوق بعض درجات ليتخذ بعضهم بعضا سخريا ﴾ ٣٢ الزخرف ، وخبر صحة الإجارة (ب)جنس (عاقد) فشمل المؤجر بكسر الجيم والمستاجر كــذلك (وأجر) بفتح فسكون ، أي عوض متمول (ك)عاقد وعوض (البيع) في كون الأول مميزاً ، والثاني طاهراً منتفعاً بــه مقدوراً عليه معلوماً غير منهي عنه إلى آخر ما تقدم فيه .

ابن شاس أركان الإجارة ثلاثة ، الأول العاقدان ولا يخفى أمرهما . الركن الثاني الأجرة . ابن الحاجب العاقدان كالمتبايعين . ابن عرفة لهذا ظاهر المذهب والأجر كالثمن يطلب كونه معروفا قدراً وصفة ، وأورد عليه أنه يقتضي أن كل مــا يصلح ثمنا يصلح أجراً ، وهذا منقوض بما يخرج من الأرض والطعام ، فإنهما يصلحان ثمنا ولا يصلحان

أجراً لها ، وأجيب بأن المراد كل ما يصلح للثمنية من حيث هو يصلح أجراً كذلك، وهنا عدم الصلاحية لمانع عارض ، وهو النهي كالبيع وقت الجمعة ، وقد يقال لا إيراد ؛ إذ مما أفاده التشبيه عدم النهي ، وقد ثبت النهي عن كراء الأرض بما يخرج منها وبالطعام فانتفى الشرط الذي هو عدم النهي ، وأنه يقتضي فساد إجارة الخياط والحجام و كراء الحمام إذا لم تعين الأجرة ابتداء ، وهو خلاف ما في سماع ابن القاسم مالكاً رضي الله تعالى عنهما من صحتها إذا كان مخالطاً وأرضاه بعد عمله كما جرى به العمل . وأجيب بندور هذا ، والكلام بالنظر للغالب .

ونص السماع سئل الإمام مالك رضي الله تعالى عنه عن الخياط الذي بيني وبينه الخلطة ولا يكاد يخالفني استخيطه الثوب ، فإذا فرغ منه وجاء به أرضيته بشيء أدفعه إليه ، فقال الإمام مالك رضي الله تعالى عنه لا بأس بذلك . ابن رشد هذا كما قال ، لأن الناس استجازوه ومضوا عليه ، وهو نحو ما يعطى الحجام من غير أن يشارطه على أجرة عمله قبله وما يعطي في الحمام والمنع من هذا ، وشبهه تضييق على الناس، وحرج في الدين وغلو فيه ، والله تبارك وتعالى قد قال في كتابه العزيز ﴿ ما جعل عليكم في الدين من حرج ﴾ ٧٨ الحج وقال ﴿ لا تغلوا في دينكم ﴾ ١٧١ النساء ، ودليله من السنة ما ثبت أن رسول الله ﷺ حجمه أبو طيبة فأمر له بصاع من تمر وأمر أهله أن يخففوا عنه خراجه ، وأجاز الإمام مالك رضي الله تعالى عنه أن يؤاجر الخياط على خياطة ما يحتاج إليه هو وأهله من الثياب في السنة والقرآن على خبز ما يحتاج إليه من الخبز سنة ، أو شهراً إذا عرف عيال الرجل وما يحتاجون إليه من ذلك .

ابن يونس وهذا معروف ، لأن الأكل لا بد منه ، ومقدار أكل الناس معروف ، والثياب قريب منه ، وكره اللخمي استعمال الصانع حتى يقاطع بشيء مسمى ، وكرهه ابن حبيب أيضاً ، قال ولا يبلغ التحريم والأمر فيه واسع .

(فروع)

الأول : في الذخيرة ابن يونس إذا قلت خطه بدرهم ، وقال بدرهمين فخاطه فليس له

إلا درهم قاله ابن القاسم ، لأنك أعلمته بما ترضى به ، وكذلك قول ساكن الدار . وفي النوادر عن الإمام مالك رضي الله تعالى عنه من رواية ابن المواز من دفع ثوبا لخياط فقال لا أخيطه إلا بدرهمين ، وقال ربه لا أخيطه إلا بدرهم ، وجعله عنده فخاطه فليس له إلا درهم ، ومن سكن منزلا فقال له ربه بدينارين في السنة ، وقال الساكن لا أعطي إلا ديناراً وإلا فاخرج إن لم ترض فسكت ولم يجبه بشيء حتى تمت السنة قال لا يلزمه إلا دينار . ابن رشد مسألة الخياط لا تشبه كراء المنزل،لأن رب الثوب لم يتول استيفاء المنفعة بنفسه فلا فرق بين تقدم قوله وقول صاحب الثوب والساكن استوفى المنفعة بنفسه مع علم رب المنزل به ففرقوا بين تقدم قوله على قول ربه وتأخره عنه .

الثاني : سئل ابن أبي زيد عن حارس الزرع والزيتون ليلاً ونهاراً بالضمان أو بغيره على أن كل قفيز عليه مدان أو ثلاثة ، فهل يصح ؟ وهل يلزمهم تفريغ الشباك والأحمال ؟ فأجاب اما استئجارهم لكل قفيز مدان فجائز وسواء قلت الأقفزة أو كثرت لاغتفار جهل الجملة إذا علم التفصيل على المذهب،فإن شرطوا تفريغ الشباك وتنزيل الأحمال فيلزم، وإلا فلا ، وشرط الضمان عليهم لا يلزم وله أجرة مثله بمن لا ضمان عليه .

الثالث : سئل أيضاً عن حراستهم الأندر كله بأقفزة معلومة ، ومنهم من له ألف ، ومنهم من له مائة ، ومنهم من له أكثر ، ومنهم من له أقل ، هل هو على عدد الرؤوس أو على قدر ما لكل ؟ فأجاب إن كان استئجارهم قبل حصوله في الأندر ورؤيته فلا يجوز ، وإن كان بعد حصوله ورؤيته فيجوز ونقض على قدر ما لكل . وقال سحنون على الرؤوس والاول أحب إلي .

الرابع : فيما لو سكن لأجنبي طائفة من داره وهو يعلم به ولم يخرجه فيلزمه كراء ما سكن . أبو الحسن لأن الأصل فيها المعاوضة إلا الإرفاق ، ولا يمين عليك إلا أن يدعي عليك أنك أرفقته فتجري على الخلاف في دعوى المعروف .

الخامس : في نوازل ابن الحاج إذا خرج أحد الشريكين في دين الاقتضاء فعلى ولي الإذن

صاحبه فاقتضاه كله أو بعضه وطلب الاجرة من صاحبه وجبت له بعد حلفه ما خرج لذلك متطوعاً إلا أن تشهد العادة أن مثله لا يأخذ أجرة على ذلك .

السادس : سئل الإمام مالك رضي الله تعالى عنه عمن رهنت عنده دار واقتضى غلتها ثم طلب أجرة اقتضائه إياها فقال من الناس من يكون له ذلك ، ومنهم من لا يكون له ذلك فالرجل الذي يشبه أن يعمل بأجرة ومثله يؤجر نفسه في مثله فأرى ذلك له ، وأما من مثله بعين فلا أرى ذلك له . ابن رشد بعد يمينه ما قام به احتساباً ، وإنما فعل ذلك ليقوم بأجرته .

السابع : في المسائل الملقوطة إذا عجز رب الدابة عن علفها وتركها في الصحراء فعلفها غيره ثم وجدها قال الإمام مالك رضي الله تعالى عنه ربها أحق بها ، لانه مكره على تركها بالإضرار به ، ويدفع ما أنفق عليها ، وقيل هي لعالفها لاعراض ربها عنها ولا شيء له في قيامه عليها لانه قام عليها لنفسه .

الثامن : علم من تشبيه عاقدها بعاقد البيع أن المحجور عليه إذا أجر نفسه بغير إذن وليه صح وتوقف لزومه على إجازة وليه قاله في المدونة . وفي المتيطية ليس لذي الاب أو الوصي أن يؤاجر نفسه بدون إذن وليه ، فإن فعل نظر فيه وليه فيمضيه أو يرده ما لم يعمل ، فإن كان عمل فله الاكثر من المسمى وأجرة مثله ، فإن أصابه شيء من عمله فله أرش النقص ، وإن هلك فله الدية وله الاجرة إلى يوم الإصابة ، وليس له فيما أصابه من غير العمل شيء .

التاسع : إن أجر الرجل ابنه من نفسه أو من غيره ومثله لا يؤجر فسخت الإجارة وينفق الاب عليه إن كان غنيا ولا مال للولد ، فإن كان له مال أنفق عليه منه ، وله أن يؤاجره فيما لا معرة فيه على الابن إن كان الاب فقيراً أو مقلا أو أراد تعليمه فيجوز حينئذ له ذلك ، وينفق عليه من أجرته ، فإن فضل منها شيء حبسه له ولا يجوز له أن يأخذ كل ما فضل من عمل الصبي وإن كان فقيراً خوفا من أن لا يتمكن الصبي من العمل في

وَعُجِّلَ ، إِنْ عُيِّنَ أَوْ بِشَرْطٍ ، أَوْ عَادَةٍ ،

المستقبل أو لمرض فلا يجد ما يأكل . وقال ابن لبابة لا بأس أن يأكل بالمعروف .

العاشر : المتيطي وابن فتوح يجوز عقد الحاضنة على محضونها أماً كانت أو غيرها ، ولا يفسخ إلا أن يزاد في أجرة الصبي فتقبل الزيادة ويفسخ عقد الام وينظر له أحسن المواضع ولو بأقل من موضع آخر ، ولا تقبل الزيادة في عقد الوصي إلا أن يثبت أنه غبن على اليتيم .

الحادي عشر : لا يجوز استئجار العزب امرأة لخدمته في بيته ولو كان مأمونا ، فإن كان له أهل جاز إن كان مأمونا وكانت المرأة متجالة لا إرب للرجال فيها ، أو كانت شابة ومستأجرها شيخ كبير .

الثاني عشر : سئل الإمام مالك رضي الله تعالى عنه عن المرأة العزبة الكبيرة تلجأ إلى الرجل فيقوم لها بحوائجها ويناولها الحاجة هل ترى له ذلك حسنا ، قال لا بأس به ، وليدخل معه غيره أحب إلي ، ولو تركها الناس لضاعت . ابن رشد هذا على ما قال إذ غض بصره عما لا يحل له النظر إليه مما يظهر من زينتها لقوله تعالى ولا يبدين زينتهن إلا ما ظهر منها وذلك الوجه والكفان على ما قاله أهل التأويل فجائز للرجل أن ينظر إلى ذلك من المرأة عند الحاجة والضرورة ، فان اضطر الى الدخول عليها أدخل غيره معه ليبعد سوء الظن عن نفسه . فقد ورد أن رجلين من أصحاب النبي ﷺ مرا عليه ليلا ومعه صفية زوجته رضي الله تعالى عنها فسلما عليه وانطلقا فقال لهما على رسلكما انها صفية بنت حيي فقالا سبحان الله يا رسول الله فقال ان الشيطان يجري من ابن آدم مجرى الدم ، واني خشيت أن يلقي في قلوبكما فتهلكا .

(وعجل) بضم فكسر مثقلا الأجر وجوبا شرطا في الصحة (إن عين) بضم فكسر مثقلا الأجر كإجارة رجل لخدمة سنة بعبد معين فيجب تعجيله ، لأن عدمه يؤدي إلى بيع معين يتأخر قبضه وفيه غرر (أو) لم يعين وعقد الإجارة (بشرط) لتعجيله فيجب وفاء بالشرط (أو) لم يعين ولم يشترط تعجيله ووقعت الإجارة مصحوبة بـ (عادة)

أو في مَضْمُونَةٍ لَمْ يَشْرَعْ فِيها ،

لتعجيله فيجب لأنها كالشرط (أو) لم يعين ولم يشترط تعجيله ولم يعتد ووقعت الإجارة (في) منفعة (مضمونة) في ذمة المؤجر كإجارة على خياطة ثوب بدرهم، فيجب تعجيله تخلصاً من ابتداء دين بدين إن (لم يشرع) العامل (فيها) أي المنفعة المضمونة، فإن شرع فيها فـــلا يجب التعجيل قاله عبد الوهاب لإنتفاء الدين بالدين بنـــاء على قبض الأول كقبض الآخر .

الحط قوله أو في مضمونه لم يشرع فيها ، أراد لم يشرع فيها إلا بعد طول ، وأمـــا إن قرب الشروع فيجوز تأخير الكراء ، ويجوز اشتراط ذلك . المتيطي إن كان المضمون في الكراء إنما هو على أن يأتيه به تلك الليلة أو في الغد فلا بأس باشتراط تأخير الكراء إلى أجل . ابن عرفة العرض المعين أجراً كشرائه فيجب تعجيله ، وفيها لابن القاسم رحمه الله تعالى من اكترى دابة لركوب أو حمل ، أو اكترى داراً أو استأجر أجيراً بشيء بعينه من عرض أو حيوان أو طعام فتشاحا في النقد ولم يشترطا شيئاً ، فإن كانت سنة الكراء بالبلد النقد جاز وقضى بنقدها ، وإن لم تكن سنتهم بالنقد فلا يجوز الكراء ، إن عجلت هذه الأشياء إلا أن يشترط النقد في العقد كما لا يجوز بيع ثوب أو حيوان بعينه على أن يقبض إلى شهر ، ويفسخ ذلك اهـ .

ابن يونس العرف كالشرط ، وإن لم يكن لهم سنة راتبـــة ، وكانوا يكرون بالنقد والنسيئة وأبهموا الكراء ، فأصل ابن القاسم أنه على التأخير ، لأن عقد الكراء لا يوجب نقد غلة إلا أن يكون عرفاً أو شرطاً وإلا فلا يلزمه أن ينقد إلا بقدر ما ركب أو سكن بخلاف شراء السلع المعينة ، هذه بتمام عقد شرائها يجب عليه تقديمها ، لانه ينتقدها فوجب عليه نقد ثمنها والركوب والسكنى لم ينقده ، فوجب أن لا ينقد إلا ثمن ما قبض منه، فلما كان عقد الكراء لا يوجب انتقاد ثمنه فكأنهما دخلا في الكراء بهذه المعينات على التـأخير فوجب فساد الكراء .

(ابن القاسم إن اكترى ما ذكرنا بدنانير معينة ثم تشاحا في النقد ، فإن كان الكراء

نقداً قضى بنقدها وإلا فلا يجوز الكراء إلا بشرط تعجيلها في العقد . وقال الإمام مالك رضي الله تعالى عنه من استأجر صانعاً على عمل عرف أنه يعمله بيده فسأله تقديم الأجرة وهو يقول لا أعمله إلى شهر فلا يصلح تقديم أجرة له حتى يشرع في عمله ، فإن شرع فيه قدمه اليه إن شاء . ابن رشد هذا يدل على انه لا يجب عليه تقديم الأجرة إلا بشرط أو عرف. وفيها للامام مالك رضي الله تعالى عنه إذا أراد الصناع والأجراء تعجيل الأجر قبل الفراغ وامتنع رب العمل حملوا على المتعارف بين الناس ، فان لم يكن لهم سنة فلا يقضي لهم إلا بعد فراغ أعمالهم . وأما في الأكرية في دار أو راحلة أو إجارة ببيع السلع ونحوها. فبقدر ما مضى ، وليس للخياط إذا خاط نصف الثوب أخذ نصف الأجرة حتى يتم إذ لم يأخذه على ذلك . ابن يونس ولأنه لو خاطه كله ثم ضاع الثوب ببينة فلا يكون له أجر عند ابن القاسم ، فكذلك إذا خاط بعضه .

ابن رشد الإجارة على عمل معين كنسج الغزل إن كان مضموناً في الذمة فلا تجوز الا بتعجيل الأجر أو الشروع ، وان تأخرا كان الدين بالدين فلا تجوز إلا بتعجيل الطرفين أو أحدهما . الحط التعيين تارة يكون في الأجرة وتارة في المنفعة ، ويقضى بتعجيل الأجرة إذا شرط التعجيل ، سواء كانت الأجرة معينة أو مضمونة أو كانت العادة التعجيل فيها ، وسواء في ذلك المنفعة المعينة والمضمونة ، ويقضى به إذا كانت المنفعة مضمونة ، وتأخر شروعه فيها يومين أو أكثر ، فان تأخر يوما واحداً جاز التقديم والتأخير ، فقوله ان عين مستغنى عنه لأنه إن شرط أو اعتيد تعجيله صحت ، وقضى به ، وهذا أفاده بقوله أو بشرط أو عادة ، وإن لم يشترط ولم يعتد تعجيله فالاجارة فاسدة كما سيقول ، وفسدت إن انتفى عرف تعجيل المعين ولا يرد هذا على ابن الحاجب ، لأنه لا يفسد عنده إلا إذا كان العرف التأخير فيحمل قوله يعجل إن كان معيناً على ما إذا لم يكن عرف ولا شرط بالتعجيل ، وبهذا الخلاف قول ابن القاسم أحمد بالق .

وأجيب عن المصنف بان الذي يفهم من قوله وفسدت إن انتفى عرف التعجيل ، إنما هو صحة العقد مع عرف التعجيل ، ولا يفهم الجبر على الدفع من عرف التعجيل بل أفاد نفي الفساد

والجبر عليه شيء آخر ، وهو الذي نبه عليه بقوله وعجـل ان عين فالأول حق الله تعالى والثاني حق الآدمي ، فقوله وعجل إن عين أي مع شرطه أو اعتياده ، وقوله أو بشرط الخ في غير المعين ا ه .

البناني وفيه نظر،لأنه حينئذ يستغنى عنه بقوله أو بشرط أو عادة كما قال . الحط فالحق في كلام المصنف حمله على ظاهره وأن قوله بشرط الخ في غير المعين ، وأنه عطف على معنى إن عين أي أو عجل بتعيينه أو بشرط الخ، وأن ما أورده الحط لازم له من أن قوله إن عين مستغنى عنه،لأن المعين إن اشترط أو اعتيد تعجيلـه فهو متدرج في قوله بشرط أو عادة،وإن كان العرف تأخيره أو لا عرف أصلا ، فالإجـارة فاسدة كما قال . وفسدت ان انتفى عرف تعجيل المعين والتعجيل فرع صحتها ا ه . وفيـه أنه اعترض باغناء المتأخر عن المتقدم ، وقد شاع عدم توجهه لوقوع الأول في مركزه، والله أعلم .

واستثنى من المضمون الذي يجب تعجيله ، فقال (الأكري) بفتح الكاف وكسر الراء وشد الياء أي كاري إبل مضمونة في ذمته لركوبها أو الحمل عليها لكـ (حج) من كل موسم له وقت مخصوص لا يتقدم عليه ولا يتأخر عنه قبل وقته (ف) لا يجب تعجيـل جميع الكراء ، ويعجل (اليسير) منه وجوباً ويقوم مقام تعجيل الجميـع للضرورة لأنه إذا عجل الجميع للكري قبل وقت السفر يخشى هروبهم به وعدم اتيانهم بالإبل وقتـه فيضيع الكراء على المكتري .

طـ ـفي المدونة قال الإمام مالك رضي الله تعالى عنه من تكارى كراء مضموناً الى أجل مثل الحج في غير ابانه فلا يجوز أن يتأخر النقد،ولكن يعجل مثل الدينارين ونحوهما ، وقد كان يقول لا ينبغي الا بنقد مثل ثلثي الكراء في مثل هذا المضمون الى أجل ثم رجع وقال قد اقتطع الأكرياء أموال الناس ، فـلا ينبغي أن يؤخذوهم بالنقد ولينقدوهم الدينار وشبهه .

ابـ ـن يونس محمد أراد لو كان مضموناً بغير أجل وشرع في الركوب جاز بغير نقد ، لأن نقـد

أوائل الركوب كقبض جميعه ، اذ هو أكثر المقدور عليه في قبضه . ابن يونس يريد أنه ان اكترى كراء مضمونا لا يركب فيه الا الى أجل فالنقد فيه جائز ، بل لا يجوز تأخير النقد كله بشرط في هذا المضمون كتأخير رأس مال السلم ، وانما أجازه مالك ، اذا أخر بعض النقد ، لأن الاكرياء اقتطعوا أموال الناس فأجاز فيه تأخير بعض الثمن لهذه الضرورة بخلاف تأخير بعض رأس مال السلم . طفى فلا خصوصية للحج ، اذ المسألة مفروضة في الكراء المضمون المؤجل الذي يتأخر الشروع فيه ، وقد نقل في توضيحه كلام الموازية الدال على العموم في كل مضمون مؤجل ،ومع ذلك خص الحج وأخل بالتأجيل ولا بد منه ، اذ لو كان غير مؤجل فلا بد من الشروع أو تعجيل جميع النقد ، اذ لا ضرورة حينئذ والله أعلم . وقد يقال فرضه في الحج لمجرد التمثيل ومنه علم شرط التأجيل ،والله أعلم .

الحط لو أدخل الكاف على حج لكان أشمل ، المتيطي روى أبو زيد عن ابن القاسم ذلك في الكراء المضمون ولم يذكر الحج ، ونصه تعجيل النقد في الكراء المضمون الى الى أجل هو الأصل ،ولا يجوز تأخيره بشرط، واختلف في تعجيل بعضه وتأخير باقيه دون شرط،فقال مالك رضي الله تعالى عنه فيمن أكرى الى الحج في غير ابانه ليخرج في ابانه لا بأس أن يقدم منه الدينار والدينارين،ولا يجوز غيره . وروى أبو زيد عن ابن القاسم ذلك في الكراء المضمون،ولم يذكر الحج،وقال كم كري قد هرب بالكراء،وروى ابن المواز عن مالك كراهة تأخير النقد الا أن ينقد أكثره أو ثلثيه ، وقال أشهب مثله ، ثم قال قد اقتطع الاكرياء أموال الناس فلا بأس أن ينقده الدينار والدينارين على ما رجع اليه مالك أراد في غير الحج . وفي التوضيح عن الموازية مثل الحج في غير ابانه واليسير الدينار والديناران على ما رجع اليه مالك،والله أعلم .

(والا) أي وان لم يكن الأجر معينا ولم يشترط تعجيله ولم يجر به العرف ولم تكن المنفعة مضمونة لم يشرع فيها بان كانت معينة أو مضمونة شرع فيها (فمياومة)

بضم الميم فمثناة تحتية وفتح الواو، أي كما استوفى المستأجر منفعة يوم تعين عليه دفع أجرته، ولا يجب عليه تعجيل شيء قبله . الحط وهذا عند المشاحة، والا فيجوز التقديم والتأخير صرح بذلك في البيان ، ونقله ابن عرفة .

(تنبيهات)

الاول : يعترض على المصنف بمثل ما اعترض به على ابن الحاجب في قوله فإن لم يكن شرط ولا عادة أخذ مياومة بأن ظاهر كلامه يتناول الصناع ، بل الإجارة في العرق مقصورة عليها . والمذهب أن الصانع لا يستحق الاجرة عند الإطلاق إلا بعد تمام العمل ا هـ ، ففيها إذا أراد الصناع والاجراء تعجيل الأجرة قبل الفراغ ، وامتنع رب العمل حملوا على المتعارف بين الناس ، فإن لم تكن لهم سنة فلا يقضي لهم إلا بعد فراغ أعمالهم وأما في الأكرية في دار أو راحلة أو في إجارة بيع سلعة ونحوه فبقدر ما مضى ، وليس للخياط إذا خاط نصف القميص أخذ نصف الاجرة حتى يتم ، إذ لم يأخذ على ذلك .

الثاني : محل جواز التقديم والتأخير في المنفعة المعينة إذا شرع في العمل أو تأخر نحو عشرة الايام وإن طال فلا يجوز تقديم الاجرة . ابن رشد الإجارة على شيء بعينه مثل نسج الغزل وخياطة الثوب على قسمين مضمونة في ذمة الاجير ، فلا تجوز إلا بتعجيل الاجر أو الشروع في العمل أو تعجيلهما ومعينة في عينه فتجوز بتعجيل الأجر ، وتأخيره على أن يشرع في العمل ، فإن لم يشرع إلى أجل فلا يجوز النقد إلا عند الشروع في العمل ا هـ ، وتأخير الشروع إلى يومين لا يضر قاله في المدونة . أبو الحسن وإلى عشرة أيام فعلى هذا إذا كان العمل معيناً على أن لا يشرع فيه إلى أجل، وكان الاجر شيئاً معيناً فالإجارة فاسدة لإقتضاء تعين الأجر وجوب التقديم وتأخير الشروع وجوب التأخير ، والله أعلم .

الثالث : ابن رشد إن صرح بكون العمل مضموناً كأستأجرك على كذا في ذمتك إن شئت عملته بيدك أو بغيرك أو معيناً ، كأستأجرك على عمل كذا بنفسك فلكل منهما

حكمه ، وإن لم يصرح بواحد منهما ، وظاهر لفظه أنه مضمون كأعطيتك كذا على خياطة هذا الثوب حمل على المضمون اتفاقاً إلا أن يعرف أنه يعمله بيده ، أو كان عمله بيده ، أو كان عمله بيده مقصوداً لرقته وإحكامه ، وإن كان ظاهره التعيين كاستأجرتك على خياطة هذا الثوب أو على أن تخيطه ، ففي حمله على المضمون أو المعين قولان ، المشهور حمله على المضمون إلا أن يعلم أنه يعمله بيده أو يقصد عمله بيده لدقته وإحكامه .

الرابع : ابن يونس كره مالك رضي الله تعالى عنه نقد الكراء في السفن ، لأنه لا يجب إلا بالبلاغ ، وجوزه ابن نافع ، وقال له من الكراء بحسب ما قطع . فإن عطبت قبل البلاغ وادعيت النقد صدق عليك ، لأن الأصل عدمه ولا يشهد بعضهم لبعض. وقيل تجوز كما في قطع الطريق ، والله أعلم .

(وفسدت) الإجارة بشيء معين (إن انتفى) منها (عرف تعجيل) الأجر (المعين) بضم الميم وفتح العين والياء مثقلة بأن كان العرف تأخيره أو لا عرف بأحدهما بأن جرى العرف بهما معاً ، هذا مذهب ابن القاسم . وقال ابن حبيب تصح في الوجهين . ابن يونس لأن العرف كالشرط ، وإن لم تكن لهم سنة راتبة ، وكانوا يكرون بالنقد والنسيئة وأبهموا الكراء ، فأصل ابن القاسم أنه على التأخير ، لأن عقد الكراء لا يوجب تقديم ثمنه إلا أن يكون عرف أو بشرط ، وإلا فلا يلزمه أن ينقد إلا بقدر ما ركب أو سكن ، بخلاف شراء السلع المعينة هذه بتمام عقد شرائها يجب عليه نقد ثمنها .

وشبه في الفساد فقال (ك) إجارة (مع جعل) في عقدة واحدة فيفسد إن على المشهور لتنافي أحكامهما . ابن عرفة اختلف في البيع والجعل في عقد واحد . ابن رشد لا يجتمع الجعل والإجارة ، لأن الإجارة لا تنعقد إلا بمعلومين في معلوم ، والجعل يجوز في المجهول فهما مختلفا الأحكام متى جمعا فسدا ، وعن سحنون إجازة المغارسة مع البيع وهو من هذا المعنى . الحط لا يجوز اجتماع الإجارة مع السلف ، ففيها إن دفعت إلى حائك غزلا ينسجه لك ثوبا بكذا وزدته دراهم على أن يطيله لك فيه ، رطلين من غزل ، فلا يجوز ،

لأنه سلف وإجارة . ابن يونس الإجارة بيع فيها ما يحرم فيه ، وقد ورد النهي عن بيع وسلف .

(لا) تفسد الإجارة المجتمعة (مع بيع) في عقد واحد لا تفاقهما في الأحكام . تت شمل كلامه صورتين إحداهما : كونهما في محل واحد كشرائه جلوداً على أن يخرزها له البائع خفافاً . والثانية : كونهما في محلين كشرائه جلوداً بكذا على أن يخيط البائع ثوباً فيجوز على المشهور فيهما . فيها لا بأس باجتماع بيع وإجارة ، وقال سحنون كذلك إلا في المبيع . ابن رشد قول مالك وابن القاسم أن البيع والإجارة جائزة في المبيع وغيره إلا أنه يشترط إذا كانت الإجارة في المبيع أن يكون مما يعرف وجه خروجه ، أو أمكنت إعادته كالصفر على أن يعمله البائع قدحاً .

الحط أطلق رحمه الله تعالى في هذا ، وفيه تفصيل ، فان كانت الإجارة في غير الشيء المبيع فذلك جائز ، وإن كانت الإجارة في الشيء المبيع بأن باع له جلوداً على أن يحذوها البائع نعالاً للمشتري ففي التوضيح عن ابن عبد السلام فيها قول مشهور بالمنع . خليل هو قول سحنون في النوادر ، وهو خلاف قول ابن القاسم وأشهب في العتبية ، سئل سحنون عن البيع والإجارة فقال جائز في غير ذلك الشيء بعينه . ابن رشد هذا معلوم مشهور من مذهب سحنون أن البيع والاجارة في الشيء المبيع عنده لا يجوز على حال ، ومذهب ابن القاسم وروايته عن مالك «رض» وهو الصحيح أنه إن كان ذلك فيما يعرف وجه خروجه كبيعه ثوباً على أن على البائع خياطته أو قمحاً ، على أن على البائع طحنه أو فيما لا يعرف وجه خروجه ولكن إعادته كبيعه صفراً على أن على بائعه صياغته قدحاً ، فان كانت فيما لا يعرف وجه خروجه ولا تمكن إعادته للعمل كبيعه غزلاً ، على أن على البائع نسجه أو الزيتون على أن على البائع عصره أو الزرع على أن على البائع حصده ودرسه وما أشبه ذلك ، فلا يجوز باتفاق اهـ .

وعطف على كمع جمل المشبه في الفساد مشبهاً آخر فيه فقال : (و) ك (إجارة على سلخ ب (جلد لسلاخ) بفتح السين وشد اللام فهي أفاسدة للغرر بتقطع الجلد حال سلخه

أَوْ نُخَالَةٍ لِطَحَّانٍ ، وَجُزْءِ ثَوْبٍ لِنَسَّاجٍ أَوْ رَضِيعٍ وَإِنْ مِنَ الْآنَ ،

(و) إجارة على طحن بـ (نخالة) بضم النون وإعجام الخاء (لطحان) للغرر للجهل بقدرها وصفتها. فيها لا تجوز الاجارة على سلخ شاة بشيء من لحمها . ابن شاس لو استأجر السلاخ بالجلد والطحان بالنخالة فلا يجوز . ابن عرفة الجلد يجري على ما تقدم في بيعه والنخالة تجري على حكم الدقيق ، وفيها تجوز الاجارة على طحن أردب حنطة بدرهم وقفيز من دقيقه ، لقول مالك رضي الله تعالى عنه ما جاز بيعه جازت الاجارة به .

ابن عبد السلام ظاهر كلام ابن الحاجب أنه لا فرق بين كون الشاة حية أو مذبوحة وهو كذلك ، ولعله إنما منع لأن السلاخ لا يستحقه إلا بعد سلخه ، ولا يدري هل يخرج سليماً من القطع أو لا ، وفي أي جهة يكون قطعه ، وأتى بالكاف ليدخل اللحم ، والنظر لو استأجره برأس أو بالأكارع ، والظاهر أنه إن استأجره على الذبح فقط أو عليه وعلى السلخ فلا يجوز ، لأنه لا يدري هل تصح ذكاته أم لا ، وإن استأجره على السلخ بعد الذبح فذلك جائز ، لأنه لا غرر فيه ، والله أعلم قاله الحط .

(و) كإجارة بـ (جزء ثوب لنساج) على النسج لجهل صفته بعد خروجه . فيها وإن وأجرته على دبغ جلوداً وعملها أو نسج ثوب على أن له نصف ذلك إذا فرغ فلا يجوز. ابن القاسم لأنه لا يدري كيف يخرج ، ولأن مالكاً رضي الله تعالى عنه قال ما لا يجوز بيعه لا يجوز أن يستأجر به . ابن المواز الامام مالك رضي الله تعالى عنه إلا أن قال لك نصف الغزل على أن تنسج لي نصفه ، فيجوز ، وفهم من قوله وبجزء ثوب أنه لو استأجره بجزء الغزل أو الجلد أو الجلود قبل الدبغ لجاز وهو كذلك إن شرط تعجيله ، أو عرف وإلا فسدت .

(أو) إجارة على إرضاع بجزء (رضيع) رقيق أو بهيم إن كان لا يملكه إلا بعد فطامه ، بل (وإن كان) على أن يملكه (من الآن) أي وقت عقد الاجارة. ابن الحاجب لو أرضعت بجزء من الرضيع الرقيق بعد الفطام فلا يجوز . ابن عرفة لم أعرف هذه المسألة

بشخصها إلا للغزالي ، وهي نحو ما في المدونة من وأجرته على تعليم عبدك الكتاب سنة وله نصفه ، فلا يجوز ، إذ لا يقدر على قبض ماله فيه قبل السنة ، وقد يموت الرضيع فيها فيذهب إرضاعه باطلا. أبو محمد وكذلك لو كان الشرط فيه أن يقبض المعلم نصفه الآن على سنة فلا يجوز .

«غ» كأنه لم يقف على قول ابن رشد في مختصر المبسوطة ، سئل ابن كنانة عمن يعطي فصيله لمن يغذيه بناقته ويكون الفصيل بينهما ، فقال لا بأس بذلك إذا ابتدأ له بساعة يدفعه له . قال ابن القاسم لا خير فيه ، وقوله وإن من الآن خاص بمسألة الرضيع ، وهو خلاف قول ابن الحاجب بعد الفطام ، لكنه على قول أبي محمد في مسألة المدونة المذكورة ، ولو كان الشرط فيه أن يقبض المعلم نصفه الآن على أن يعلمه سنة فلا يجوز . ابن عبد السلام لعل سبب ذلك أن الصبي لما كان معينا ولو تعذر تعليمه بموت أو غيره ، فلا يلزم ربه خلفه صار نقد الأجرة فيه كالنقد في الأمور المحتملة بشرط ، وعلى هذا التقدير فسواء كانت الأجرة جزءاً منه أو غير ذلك ، ويشاركه فى هذا مسألة الرضيع .

(و) إن استأجره على نفض زيتون أو عصره (بجزء) م (ما سقط) منه بسبب نفضه كثلثه (أو) بجزء مما (خرج) من زيته بسبب عصره . وصلة سقط (من نفض) بفتح النون وسكون الفاء ونقط الضاد ، أي ضرب (زيتون) وصلة خرج من (عصره) أي الزيتون فهي فاسدة للجهل بالقدر في الأولى والصفة في الثانية. فيها إن قال له انفض شجري أو حركها فما نفضت أو سقط فلك نصفه ، فلا يجوز ، لأنه مجهول . وإن قال أعصر زيتوني أو جلجلاني فما عصرت فلك نصفه فلا يجوز ، لأنه لا يدري كم يخرج ولا كيف يخرج، ولا يقدر على الترك إذا شرع وليس هكذا الجعل اهـ ، فقد بين وجه عدم جواز عصر الزيتون بجزء ما يخرج منه . وأما وجه عدم جواز النفض والتحريك فقال الشيخ أبو الحسن عن القاضي اسمعيل لان الشجر يختلف ، فمنه

وَكَاحْصُدْهُ ، وَادْرُسْهُ ، وَلَكَ نِصْفُهُ ، وَكِرَاءِ أَرْضٍ بِطَعَامٍ ، أَوْ بِمَا يُنْبِتُهُ

ما هو قاصح يقل ما يسقط منه ، ومنه ما هو بخلافه اهـ ، فـــلا يصح إجارة ولا جعلاً للجهل المذكور.

(تنبيهـــات)

الأول : ابن القصار معنى التحريك هنا النفض باليد ، وأما بالقضيب فهو كالحصد ، أبو الحسن هذا بعيد ، لأن النفض باليد غير معتاد .

الثاني : في التوضيح عقب مسألة النفض . ابن يونس لو قال انفضه كلـه ولك نصفه جاز ، وكلامه يوهم أنه تقييد لقول ابن القاسم ، وكلام ابن عرفة يفهم أنـــه لابن حبيب مخالفاً لقول ابن القاسم .

الثالث : إذا وقع شيء من هذه الوجوه الفاسدة وأتم العمل فللعامل أجرة مثله وجميع الزرع لربه ، فإن اقتسما على ما قالا فما أخذه العامل حرام ، وما أخذه رب الزرع فلا يحرم عليه ، لأن الزرع جميعه له أفاده الحط .

وشبه في الفساد فقال : (كـ) قوله (احصد) بضم الصاد وكسرهـا (وادرس) بضم الراء هذا الزرع (ولك نصفه) فهي إجارة فاسدة إذ لا يدري كم يخرج ولا كيف يخرج فيها إن قال احصده وادرسه ولك نصفه فلا يجوز ، لأنه استأجره بنصف ما يخرج من الحب ، وهو لا يدري كم يخرج ولا كيف يخرج .

وعطف على احصد فقال (و) كـ (كراء الأرض) للزرع (بطعام) فهو فاسد المنهي عنه ، سواء انبتته كالقمح أم لا كاللبن (أو) كرائها له (بما تنبته) من غير الطعام كقطن وكتان ، وأما كراؤها للبناء فيها بما ذكر فيجوز بالإجماع . فيهـــا للامام مالك «رضي الله عنه» لا يجوز كراء الأرض بشيء مما ينبت قل أو كثر ولا بطعام تنبته مثله أو لا تنبته »، ولا بما تنبته من غير الطعام من قطن أو كتان أو اصطبه ، وفي المشاق * إذ قد يؤول ذلك فيها فيصير محاقلة ولا بقضب وقصب وقرط أو تبن أو علف ، ولا بلبن محلوب أو لبن مرلوحه

ولا بهن أو عسل أو سمن أو تمر أو صير أو ملح ولا بسائر الأشربة والأنبـــذة . وإذا خيف في إكترائها ببعض ما تنبت من الطعام أن يدخله طعام بمثله إلى أجـل خيف في اكترائها بطعام لا تنبته أن يكون طعاماً بطعام خلافه إلى أجـل ، ولا تكرى بالفلفل ولا بزيت زريعة الكتان ولا بزيت الجلجلان ولا بالسمك ولا بطير الماء ولا بشاة لحم ، لأن هذا من الطعام ولا بزعفران ، لأنهـا تنبته ، ولا بورس وياسمين ونحوهما ولا بعصفر (إلاَّ كخشب) .

فيها قال مالك «رض» ولا بـأس بكرائها بالعود ، أراد الهندي وبالصندل والحطب والخشب والجذوع وبالمين . سحنون لأن هذه الاشياء بطول مكثها ووقتها فلذلك سهل فيها وإن كانت تنبتها الارض . ابن عرفة لا بأس بكرائها بالماء ولا يتخرج منعها به على أنه طعام ، لانه قول ابن نافع ، وهو يجيزه بالطعام غير الحنطة وجنسها . وجعـل ابن الحاجب وابن شاس القصب كالجذوع وقبوله . ابن هرون لم أعرفه ، بل قولها لا يجوز كراؤها بالقصب اهـ ، وضبطه في التوضيح بفتح المهملة ، ونقل الجواز عن صاحب التلقين فيرد إنكار ابن عرفة وما ذكره عن المدونة ، فانما هو القضب بسكون الضاد المعجمة ، كذا رأيته في نسخة مصححة ، ويدل له ذكره مع القرط والتين قاله الحط . البناني وكذا ضبطه أبو الحسن بضاد معجمة ساكنة قائلا هو المذكور في الكتاب العزيز ، وبه علم أن الصواب في القصب بالصاد المهملة جواز كرائها به كالخشب ، وأن القضب بالضاد المعجمة الساكنة لا يجوز كراؤها به كما في المدونة .

(تنبيهـــات)

الأول : اللخمي يجوز كراؤهـا بثياب القطن والكتان ، لأن الصنعة غيرتهمـا ، والله أعلم .

الثاني : ابن عرفة قول اللخمي يجوز كراؤها بالمصطكي نص في أنها غير طعام .

الثالث : فيها من أكرى أرضه بدنانير مؤجلة وحلت فلا يأخذ بها طعاماً ولا إداماً وليأخذ ما يجوز أن يبتدىء كراءها به ، والله أعلم .

الرابع : فيها يجوز كراء الأرض بشجر بأصولها يأخذها من المكترى إن لم يكن فيها ثمر ، فإن كان فيها ثمر فلا يجوز .

الخامس: فيها يجوز بيع رقبة الأرض بشجر فيها ثمر كما تباع بطعام عاجل وآجل . وفي النوادر لا بأس بشرائها بذلك كله ما لم يكن فيها طعام ، ولا بأس أن تكرى بئراً إلى جانب أرضك لتسقيها بمائها بما شئت من الطعام ا هـ ، وتقدم أن الماء غير ربوي ، وأنه يجوز بيعه بطعام إلى أجل ، وصرح به في سلمها الثالث .

السادس : إذا وقع كراؤها بما منع كراؤها به ، فإنما له كراؤها بالدراهم ، وذكر الشيخ أبو محمد أن عيسى بن مسكين وغيره من قضاة أصحابنا بافريقية حكموا بأن يعطى له قيمة الجزء الذي يقع له من ثلث أو ربع دراهم ، لأنه لا تعرف لها بالمغرب قيمة كراء بالعين ولم يعتبر قيمة كرائها يوم العقد ، لأنه لا كراء على المكتري في الأرض إذا لم يصب شيئاً فيها . ابن عرفة المتيطي بعض الموثقين أرض الأندلس عندي بخلاف ذلك الكراء فيها بالدراهم والدنانير معروف ، فيجب أن يقضى فيها بكراء المثل . وقلت وكذا الامر عندنا في أرض تونس ، وفي قولهم ينظر إلى ما وقع له من ذلك الجزء من ثلث أو ربع دراهم نظر ، لان ظاهره البناء على ما دخلا عليه من الجزء ، وهو عقد فاسد فيجب لغو ما دخلا عليه فية ، وينظر إلى قيمتها بالجزء أن لو جاز فيها ثم ينظر إلى قيمة ذلك الجزء ا هـ ، الحط وما قاله ظاهر لا شك فيه ، فلا يعدل عنه والله أعلم .

السابع : شدد سحنون فقال من أكراها بما يخرج منها فذلك جرحة فيه ، وتأوله أبو محمد على من كان عالماً أنه لا يجوز وهو مذهبه ، أو قلد من مذهبه المنع . سحنون ولا يؤكل طعامه ولا يشترى منه ذلك الطعام الذي أخذه من كرائها ، وتأوله ابن رشد على أنه من الورع . وفي الجواهر كره مالك رضي الله تعالى عنه شراء طعام من مكتري الأرض بالحنطة ، ومذهبه أن الطعام كله لمكتري الأرض ، وعليه كراؤها عينا . الحط هذا إن لم يتب ويصلح ما وقع له على الوجه الشرعي ، وأما لو فعل ذلك فلا يظهر التوقف

وحَمْلِ طعام لِبَلَد بِنِصْفِهِ ، إلاَّ أن يَقْبِضَهُ الآنَ ،

حينئذ وجه ، وذكر الشيخ أبو الحسن أنه يقوم من مسألة الأخذ بالشفعة ممن اشترى بدراهم مغصوبة جواز شراء ما يحصل بالمعاملة الفاسدة قبل أن يصلحا شأنهما ، قال فعلى هذا يجوز شراء الطعام من مكتري الأرض بالطعام قبل أن يصلح شأنه مع ربها ، فالكلام الأول على التنزه وهو الأولى والله أعلم .

(و) فسدت إجارة على (حمل طعام) من بلد (لبلد) معينين (بنصفه) أي الطعام مثلاً ، لأنه بيع معين يتأخر قبضه في كل حال (إلا) بشرط (أن يقبضه) أي المكرى الطعام (الآن) أي وقت عقد الكراء فيجوز لإنتفاء المانع المذكور . فيها لو قلت احمل طعامي إلى موضع كذا ولك نصفه فلا يجوز إلا أن تنقده الآن مكانك وإن أخرته إلى الموضع الذي يحمله إليه فلا يجوز ، لأنه شيء بعينه بيع على أن يتأخر قبضه إلى أجل . ابن يونس إذا وقع الأمر مبهما فهو فاسد على قول ابن القاسم ، وجائز على مذهب أشهب وابن حبيب .

ابن القاسم إن واجرت رجلاً على حمل طعام بينكما إلى بلد يبيعه به على أن عليك كراء حصتك وسميتا ذلك ، فإن شرطت أن لا يميز حصته منه قبل الوصول إلى البلد فلا يجوز ، وإن كان على أنه متى شاء قبل أن يصل أو يخرج جاز إن كان ضرب للبيع أجلاً ، أراد بعد وصول البلد ولا ينقده أجرة البيع ، وكذلك إن واجرته على طحينه ، فإن كان إذا شاء أفرد طحن حصته جاز ، وإن كان على أن لا يطحنه إلا مجتمعاً فلا يجوز ، وكذلك إن واجرته على رعاية غنم بينكما جاز ولزمته الإجارة إذا كان له أن يقاسمك حصته ويبيعها متى شاء وضربت للرعاية أجلاً إن شرطت خلف ما يهلك من حصتك . وإن وقعت الإجارة على حمل الطعام لبلد بنصفه وحمله إليه فقال ابن أخي ابن هشام للجمال نصفه وعليه مثله في الموضع الذي حمله منه ، وله كراء حمل النصف الآخر .

ابن يونس عابه بعض شيوخنا قائلا يلزمه ضمان نصف الطعام إذا هلك ، لأنه لزم ذمته بقبضه وهذا بعيد ، لأن فساد المعاملة منع المكاري من قبض حصته إلى وصوله للبلد

المحمول إليه ، فكيف يضمنه إذا هلك قبله وهو لا يصير له الا بعد وصوله ، وانما يكون الطعام كله لربه وعليه أجرة حمله كله . ابن يونس هذا هو الصواب كما في مسألة دبـغ الجلود ونسج الثوب على أنه له نصفه اذا فرغ فعمل على ذلك فله أجر عمله ، والثوب والجلود لربها ، فكذا هذا . أبو الحسن الظاهر أن قول ابن أخي ابن هشام هو ظاهر قولها لأنه شيء بعينه بيع على أن يتأخر قبضه ، فإن أفاته الجمال بعد وصوله للبلد المحمول اليه فعليه مثله فيه ، وله جميع الكراء ، والله أعلم .

وعطف على المشبه في الفساد مشبهاً آخر فيه فقال (و ك) إجارته على خياطـة ثوب قائلاً (ان خطته) أي الثوب (اليوم) مثـلاً فهي (بكذا) كدرهم (والا) أي وان لم تخطه اليوم (ف) خياطته (بكذا) أي أجرة أقل كنصف درهم . قال الإمـام مالك رضي الله تعالى عنه ان نزل فله أجر مثله زاد أو نقص . فيها لابن القـاسم ان واجرت رجلاً يخيط لك ثوباً على أنه ان خاطه اليوم فبدرهم ، وان خاطه غداً فبنصف درهم فلا يجوز عند الإمام مالك رضي الله تعالى عنه ، لأنه آجر نفسه بما لا يعرف . ابن المواز قال الإمام مالك رضي الله تعالى عنه من واجر من يبلغ له كتاباً الى ذي المروة ، ثم قال بعد صحة الإجارة وان بلغته في يومين فلك زيادة كذا ، فكرهه واستخفه في الخياطة بعد العقد .

ابن عبد الحكم اجازته أحب الينا وبها أخذ سحنون . وفيها ان واجرت رجـلاً يخيط ثوباً ان خاطه اليوم فبدرهم ، وان خاطه غداً فبنصف درهم أوقلت له ان خطتـه خياطة رومية فبدرهم ، وان خطته خياطة عجمية فبنصف درهم فلا يجوز وهو من وجه بيعتين في بيعة ، فإن خاطه فله أجر مثله ، زاد على التسميـة أو نقص . قال غيره في الأولى الا أن يزيد على الدرهم أو ينقص عن نصفه فلا يزاد ولا ينقص . أبو الحسن ويعتبر في التقوم التعجيل والتأخير بأن يقال كم قيمة خياطة مثل هذا الثوب اليوم ، وكم قيمـة خياطته الى غد ، ونحوه لابن يونس . سحنون وقول ابن القاسم أحسن .

وَٱعْمَلْ عَلَى دَابَّتِي فَمَا حَصَلَ ؛ فَلَكَ نِصْفُهُ ، وَهُوَ لِلْعَامِلِ ، وَعَلَيْهِ أُجْرَتُهَا ،

(فرعان)

الأول : اذا استأجره على خياطة ثوب بدرهم ، ثم قال له عجل في اليوم وأزيدك نصف درهم ، فان كان على يقين من أن يمكنه تعجيله فهو جائز ، وان كان لا يدري اذا اجهد نفسه هل يتمه في اليوم أم لا ، فكرهه الإمام مالك رضي الله تعالى عنه ، ومثله استئجار رسول على تبليغ كتاب لبلد كذا ، ثم زيادته على أن يسرع السير فيبلغه في يوم كذا يفصل فيه ، هذا الذي ارتضاه ابن رشد ، ونصه سئل الإمام مالك رضي الله تعالى عنه عن الرجل يستخيط الثوب بدرهم ثم يقول له بعد ذلك عجله الى اليوم ولك نصف درهم ، فقال رضي الله تعالى عنه لا ارى به بأساً وأرجو أن يكون خفيفاً ، ولم يره كالرسول يزاد لسرعة السير . ابن رشد أما الذي يستخيط الثوب بأجر مسمى ثم يزيده بعد ذلك على أن يعجل له فلا اشكال في جوازه، لأن تعجيله ممكن له ، ولا ينبغي أن يتعمد تأخيره ومطله اضراراً به لغير سبب ، وله أن يتسع في عمله ويؤخره في عمل غيره قبله ، أو للاشتغال بما يحتاج اليه من حوائجه على ما جرى عرف الصناع في التراخي في أعمالهم، فاذا زاده على أن يتفرغ له ويعجله جاز ، لأنه أخذ ما زاده على فعل ما يقدر عليه ولا يلزمه ا هـ ، ونقله ابن عرفة وبعضه في التوضيح .

الثاني : في أول سماع ابن القاسم مالكاً رضي الله تعالى عنهما من الإجارة من استأجر غلاماً يخيطون الثياب كل شهر بشيء مسمى فلا يجوز له أن يطرح على أحدهم ثياباً على أنه إن فرغ منها في يومها فله بقية يومه ، وان لم يفرغ منها فيه فعليه يوم آخر لا يحسب لهم من شهره ان كان ذلك كثيراً لكثرة الغرر فيه ، وان كان يسيراً خف ذلك .

(و) كقوله (اعمل) بكسر الهمز وفتح الميم (على دابتي) باحتطاب أو احتشاش أو سقي ماء وبيعه أو بتحميلها بأجرة (فما حصل) من ثمن أو أجرة (فلك نصفه) ففاسد للغرر (و) ان نزل فـ (هو) أي الحاصل (للعامل وعليه) أي العامل (كراؤها)

أي الدابة وذلك (عكس) حكم خذ دابتي (لتكريها) أي الدابة ولك نصف كرائها، وهو أن ما حصل لربها وعليه أجرة العامل . فيها وإن دفعت إليه دابة أو إبلاً أو داراً أو سفينة أو حماماً على أن يكري ذلك وله نصف الكراء فلا يجوز ، فإن نزل كان لك جميع الكراء وله أجر مثله كما لو قلت له بع سلعتي فما بعتها به من شيء فهو بيني وبينك ، أو قلت له فما زاد على مائة فبيننا فذلك لا يجوز ، والثمن لك وله أجر مثله .

ابن يونس ساوى بين الدواب والدور والسفن إذا قال اكرها ولك نصف الكراء أن الكراء لربها وعليه إجارة المثل للرجل وهو أصوب ، ولو اعطيته الدابة أو السفينة أو الإبل ليعمل عليها فما أصاب بينكما فلا يجوز ذلك ، فإن عمل عليها فالكسب ههنا للعامل ، وعليه كراء المثل في ذلك ما بلغ ، وكأنه اكترى ذلك كراء فاسداً والأول آجر نفسه منك فاسدة فافترقا . « غ » قوله فما حصل فلك نصفه ، أي من ثمن أو أجرة بدلالة قوله بعد وجاز بنصف ما يحتطب عليها .

(تنبيهات)

الأول : لا فرق في ذلك بين الدابة والسفينة قاله في المدونة ، وكذلك في العكس ، وزاد في المدونة معها فيه الحمام والدار وسكت في الأصل عن الدار والحمام فقال عياض لأن ما لا يذهب به ولا عمل فيه لمتوليه كالرباع فهو فيها أجير والكسب لربها ، ويستوي فيها اعمل وواجر ، نقله أبو الحسن ، وقبله اللخمي . قوله في السفينة اكرها واعمل عليها سواء إن كان فيها قومة ربها ، لأنه إنما يتولى العقد فغلتها لربها وله أجر مثله ، ولو سافر فيها بمتاعه فالربح له ولربها الإجارة والحمام ، والفرن إن لم يكن فيهما دواب ولا آلة كان ما يؤاجر به للعامل وعليه أجرة المثل . وإن كانا بدوابهما ويشتري الحطب من عند ربهما أو من غلتهما فما أصاب فلربها وللعامل أجرة مثله ، وإنما هو قيم فيهما ، وكذا الفندق ما أكرى به مساكنه لربه وللقيم أجرته .

[illegible] : لا فرق إذا قال اعمل على دابتي أو في سفينتي أو إبلي بين أن يقول لي أو

وكَبَيْعِهِ نِصْفاً : بِأَنْ يَبِيعَ نِصفاً ، إلاّ فِي البَلَـــدِ ، إنْ أَجَّلاَ وَلَمْ يَكُنِ الثَّمَنُ مِثْلِيًّا .

لا يقولها على ظاهر رواية الأكثرين ، وصريح رواية الدباغ . وفي الجلاب إذا قال إعمل لي كان الكسب كله لرب الدابة . عياض والصواب الأول ، فلا فرق بين أن يقول لي أو لا يقولها ، إذ هو المقصود نقله أبو الحسن .

الثالث : إذا أصيب ما عمل عليها قبل بيعه فهو من العامل نقله أبو الحسن .

الرابع : اذا قال اعمل على دابتي فعمل ولم يحصل شيئاً فقال الصقلي عليه الكراء لأنه في ذمته . ولابن حبيب ان عرف أنه عاقه عائق فلا شيء عليـــه ان لم يكرها بشيء مضمون عليه .

الخامس : لو قال اكرها فعمل عليها فالكسب للعامل ولربها كراء مثلها ، وان قال اعمل عليها فأكراها فقال ابن القـاسم ما أكريت به للأجير ولربها أجرة مثلها . وفي كتاب الشفعة ما أكريت به لربها لأن ضمانها منه .

وعطف على المشبه في الفساد مشبهاً آخر فيه فقال (وكبيعه) أي المالك شيئاً كاملا ومفعول بيع المضاف لفاعله (نصفاً) منه وصلة بيع (بأن يبيع) أي المشتري (نصفاً) ثانياً من ذلك الشيء فثمن النصف الاول بيع النصف الثـاني فهي فاسدة على المشهور . أبو اسحق لأنه اشترى شيئاً بعينه لا يقبضه الا الى أجل بعيد وهو بلوغه البلد الآخـر الذي يبيع فيه في كل حال (الا) أن يكون محل البيع (بالبلد) الذي هما بـه فيجوز . ولابن لبابة غير البلد كالبلد (ان أجلا) بفتحات مثقلا ، أي جعل العاقدان للبيع أجـلا معلوماً ليخرجا عن البيع والجعل ، فإن جمعها ممتنع والإجارة الجائز اجتماعها (ولم يكن الثمن) أي المبيع وهو النصف الاول (مثلياً) مكيلا أو موزوناً أو معدوداً ، فإن كان مثلياً فسدت للتردد بين السلف والثمن . سحنون لأنه قبض أجرته وهي طعام لا يعرف بعينه ، وقد يبيع في نصف الاجل فيرد نصف الاجرة فتصير اجارة وسلفاً .

فيها للإمام مالك رضي الله تعالى عنه من باع من رجل نصف ثوب أو نصف دابة أو

غيرها على أن يبيع له النصف الآخر بالبلد جاز ان ضرب لبيع ذلك أجلا ما خلا الطعام ، فانه لا يجوز . سحنون لأنه قبض اجارته وهي طعام لا يعرف بعينه ، وقد يبيع في نصف الاجل فيرد حصة ذلك فتصير اجارة وسلفاً ، أراد وكذلك كل ما لا يعرف بعينه ، وأجازه في كتاب محمد . قال ابن المواز ان لم يضرب لبيعه أجلا لم يجز شرط بيعه في البلد أو في غيره ، وقد ذكر عن الإمام مالك رضي الله تعالى عنه أنه اذا باعه نصف الثوب على أن يبيع له النصف الآخر أنه لا خير فيه .

تت ظاهر قول ابن الحاجب لو باع له نصف سلعة على أن يبيع له نصفها أو بأن يبيع له نصفها فثالثها ان عين أجلا جاز ، ورابعها عكسه ، انه لا فرق بين بيعها بالبلدأو بغيره ، كما قال ابن لبابة . والجواز في المدونة مقيد بكونه في البلد كما فعل المصنف ، غير أن مسألة المدونة هي الاولى من صورتي ابن الحاجب ، ثم قال وتلخص من كلامه أن للجواز ثلاثة شروط كون البيع بالبلد وكونه لأجل ، وكون المبيع غير مثلي وعلمت أن ابن الحاجب ذكر صورتين ، وأن المصنف اقتصر على ثانيتها ، وفرق بينهما في توضيحه بأن التي اقتصر عليها هنا النصف فيها بجموع الثمن ، أي لبيع النصف الآخر ، بخلاف الأخرى ، فان بيع النصف بعض الثمن كقولك أبيعك النصف بدينار على أن تبيع النصف الآخر اه .

ورأى ابن الحاجب أن هذا الفرق لا يفترق الحكم معه فسوى بينهما ، وربما أشعر بهذا استثناء المصنف من المسألة التي اقتصر عليها ، لأن الإستثناء في المدونة انما هو من الأخرى ، ودعوى البساطي تعسف المصنف غير ظاهر ، وقوله ان التي اقتصر المصنف عليها وقرر كلامه عليها اعترضها ابن عرفة بأنها دون الاجل مجرد جعل ، وبه اجارة فلا مانع من الجواز غير ظاهر أيضاً ، لأن ابن عرفة انما تعقب على ابن هرون ، وابن عبد السلام نقل ابن الحاجب القول بالفساد مطلقاً في هذه الصورة بأنه غير صواب ، لأنه دون أجل مجرد جعل وبه اجارة ، وكلاهما جائز ا هـ ، ونص ابن عرفة وفي جواز بيع

نصف ثوب أو دابة على أن يبيع مشتريه باقيه لبائعه . ثالثها ان ضرب لبائعه أجلا . ورابعها ان ضربه كره والا جاز .

لعياض عن ابن لبابة مع الموطأ والصقلي عن محمد مع إحدى روايتيها والمشهورة منها، واللخمي عن رواية مختصر ما ليس في المختصر مع قول ابن زرقون نحوه ، روى أشهب فيا ذكر فضل ، ولعياض عن محمد لو كان فيا ينقسم مما يعرف بعينه ويأخذ نصيبه متى شاء جاز إن ضرب الأجل وهو قول بعض الرواة عن مالك . فيها قال ابن لبابة كان على وجه الجعل أو الإجارة ، كذا نقل عنه عياض ، ونقله الصقلي عنه لا بقيد مما يعرف بعينه ، وتعقبه بأنه يدخل فيه المكيل والموزون وكل ما لا يعرف بعينه . وفي الموطأ ما نصه من ابتاع سلعة فقال له رجل أشركني بنصفها وأنا أبيعها لك جميعاً فلا يجوز ، وقبل عياض قول ابن لبابة في قول مالك في الموطأ بيع نصف سلعة على أن يبيع له النصف الآخر حلال أحسبه يريد ضرب أجلا أم لا في بلده أو غيره ، وله من الأجل إن لم يضرب قدر ما ابتاع إليه .

وسمع القرينان من أشرك في لؤلؤ اشتراه قوماً على أن يبيعه لهم ولو بار وذهب الذي كان يريد بيعه إليه فلا أرى ذلك عليه ، ويدفع لهم الذي لهم بمقاسمته إياهم . ابن رشد ظاهره جوازه وإن لم يضرب لبيعه أجلا وهو فاسد ، لأنه جعل وبيع ، ووجه هذه الرواية أنه رأى فيها أن ما يباع له اللؤلؤ معروف بالعادة فهو كالأجل المضروب ، وهذا بين من قوله لو بار اللؤلؤ وذهب الذي كان يراد بيعه إليه يريد ويستوجب البائع كل الثمن ولو باعه في نصف الأجل لرجع المبتاعون بمنابه من الثمن . ويقتضي كلام ابن رشد عدم وجود القول الأول . وقال ابن الحاجب لو باعه نصف سلعة على أن يبيع له نصفها ، أو بأن يبيع له نصفها ، ثالثها إن عين أجلا جاز ، ورابعها عكسه فلم يعز ابن هرون القول الرابع واستبعده ، وكذا ابن عبد السلام ، وزاد ويقرب منه ما في مختصر ما ليس في المختصر . قلت الأظهر أنه هو ، ولذا لم يذكره ابن الحاجب .

واشتهر عن الإمام مالك رضي الله تعالى عنه وغيره إطلاق لفظ المكروه على المحرم قاله في جامع العتبية وغيره ، وقبولهما نقله القول بالفساد في بيع نصف سلعة بأن يبيع له نصفها غير صواب لأنه دون أجل مجرد جعل ، وبالأجل إجارة وكلاهما جائز . وظاهر كلام ابن الحاجب أنه لا فرق بين كون بيعه بالبلد أو بغيره ، والجواز في المدونة مقيد بكونه في البلد . وتقدم لابن كنانة غير البلد كالبلد ا هـ .

طفي والعجب من المصنف كيف ذكر الفرض المتعقب مقتصراً عليه ، وترك الفرض السالم من التعقب الذي هو فرض المدونة مع ذكر ذلك في توضيحه . وأعجب منه تقرير تت لـه على ظاهره ، وتعليله باجتماع الجعل والبيع ، وقد تكلف من جعل الباء بمعنى على .

(تنبيهات)

الأول : علم أن الثمن في كلام المصنف بمعنى المثمن وهو النصف المبيع ، وبه عبر الخرشي أولاً فقال الثالث أن لا يكون المبيع مثلياً ، ثم قال وقال أحمد أي ثمن العمل الذي هو السمسرة على بيع النصف الآخر مثليا ، وحينئذ فهو مساو للتعبير بالمثمن أو بالمبيع ، وبعبارة الثمن هو بعض السلعة المعقود عليها ، أي وإذا كان النصف مثلياً تضمن ذلك كونها كلها مثلية ، وقال طفي المراد بالثمن المثمن ا هـ .

الثاني : الشيخ أبو الحسن معنى قوله ببلد آخر ، أي لا يجوز تأخير المعين إلى مثله ، وينبغي إذا كان قريباً جداً أن يجوز ، لأنه كالبلد الواحد .

الثالث : اشترط الأجل ليكون إجارة وهي تجامع البيع ، وإذا لم يؤجل كان جعلا وهو لا يجامع البيع .

الرابع : اشترط كون المبيع غير مثلي لئلا يكون تارة سلفاً إن باع في نصف الأجل مثلاً ، ورد ما زاد على ما يخص بيعه في نصفه ، وتارة ثمناً إن باع في آخره أو بعده .

(وجاز) الكراء لدابة أو سفينة (بنصف ما) أي الحطب الذي (يحتطب) بضم التحتية وفتح الطاء المهملة ، أي يحمل (عليها) أي الدابة والسفينة من غاية معلومة إلى

بلد معلوم إذا كان من نوع معلوم بشرط أو عادة ، ومثل الحطب الخلا والمـــاء والحجر ونحوها بأن كانت نقلة لهـذا ونقله للآخر ، أو يوم لأحدهما ويوم للآخر ، أو خمسة أيام لأحدهما وخمسة للآخر . ابن المواز قال الإمام مالك رحمه الله تعالى لا خير في أن يدفع الرجل دابة لمن يحطب عليهـــا على النصف . محمد أراد نصف ثمن الحطب ولو جعل له نصف النقلة لجـــاز ، وكذلك على نقلات معروفة ، أو قال لي نقلة ولـــك نقلة فذلك كله جائز .

يحيى بن سعيد إذا قال ما يحتطب عليها من الحطب فلي نصفه ولك نصفه فلا بأس به . ابن القاسم لا بأس أن تعطيه دابتك يعمل عليها اليوم لنفسه على أن يعمل عليهـــا غداً لربها . ابن المواز لو قال خذ دابتي فاعمل عليها لنفسك وتعمل عليها لنفسي فلا يجوز إلا في مثل خمسة الأيام وستها ، وقد قال الإمام مالك وابن القاسم رضي الله تعالى عنهما لا يصلح أن يستأجر الرجل العبد وينقده الأجرة على أن يأخذه إلى عشرة أيام . ابن القاسم يجوز النقد فيه إذا كان يقتضي إلى خمسة أيام . محمد لا يصلح إن استأجره يعمل له بعـد شهر وينقده كراءه الآن ، لأن دفعه دابته يعمل عليها هذا الشهر هو أجرته . وأمـا في الخمسة الأيام ونحوها فهو مثل الذي أجازه ابن القاسم ، ولا يدخله الدين بالدين ، لأن مالكاً رحمه الله تعالى أجاز أن يكتري الرجل داراً ليسكنها سنة بسكنى دار له السنة المقبلة ، ولم يجز ذلك في الحيوان . ابن يونس لقلة أمن الحيوان فصار النقد فيه إذا لم يقبض غرراً ولا غرر فيما قرب .

(و) جازت الإجارة على طحن حب أو على عصر زيتون بـ (صاع دقيق منـه) أي الحب (أو) صاع (من زيت) للزيتون الذي يعصر (إن لم يختلف) المذكور من الدقيق والزيت في الصفة بأن كان كله جيداً أو رديئاً ، ولا في الخروج بأن كان كلـه دقيق أو زيت ، فإن كان يختلف في الصفة أو في الخروج فلا يجوز للغرر فيها لا بأس أن تؤجره على طحن إردب بدرهم وبقفيز من دقيقه ، إذ ما يجوز بيعه تجوز الإجارة به . ولو واجرته

يطحنه لك بدرهم ويقسط من زيت زيتون قبل أن يعصر جاز ، ولو بعت منه دقيق هذه الحنطة كل قفيز بدرهم قبل أن يطحنها جاز ، لأن الدقيق لا يختلف ، فإن تلفت هذه الحنطة كان ضمانها من البائع ، وإن كان الزيت والدقيق مختلفاً خروجه إذا عصر أو طحن فلا يجوز حتى يطحن أو يعصر ، وقد خفف الإمام مالك رضي الله تعالى عنه أن يبتاع الرجل حنطة على أن البائع طحنها ، إذ لا يكاد الدقيق يختلف ولو كان خروجه مختلفاً لما جاز .

(و) إن استأجر شخص شيئاً لاستيفاء منفعته باستخدام أو استصناع أو اكتراه لركوب أو حمل أو سكنى أو زرع وملك منفعته بالإجارة أو الإكتراء واحتاج لها مؤجره أو مكريه المالك لذاته جاز (استئجار) أو اكتراء الشخص (المالك) لذات الشيء المؤجر أو المكترى بالفتح تلك الذات (منه) أي مستأجرها أو مكتريها . الحط أراد إن لم يؤد إلى دفع قليل ، أي أو بيع وسلف أو صرف مؤخر كما في بيوع الآجال حل ولو ظاهره سواء كان استئجاره بجنس الأجر الاول أم لا ، وسواء كان إلى أجل الأول أو أقرب أو أبعد ، ولكن ينبغي أن يمتنع هنا ما يمتنع في بيوع الآجال ، ويجوز هنا ما يجوز هناك ، لأن الاجارة تمليك منافع فحكمها كحكم البيع .

(و) جازت الإجارة على (تعليمه) أي الرقيق صنعة (بعمله) أي الرقيق لمعلمه في تلك الصنعة (سنة) مثلاً مبتدأة (من) حين (أخذه) أي الرقيق المعلم لتعلمه . فيها إن دفعت غلامك إلى خياط أو قصار ليعلمه ذلك العمل بعمله سنة جاز . وقال غيره بأجر معلوم اجوز . الصقلي يحيى والسنة من يوم أخذه . أبو الحسن عقب نقله عن عبد الحق والتونسي كلاماً طويلاً ، تحقيق هـذا الذي قالوه في مسألة الغلام أن معلم الصناعة باع منافعه بمنافع الغلام سنة ، فإن ماتت الغلام عند تمامها فلا كلام ، وإن مات قبل الشروع فيها فسخت الإجارة ويرجع المعلم على سيده بأجرة مثله فيما علمه ، وإن مات في أثنائها فيتحاسبان ، فإن كان الصانع علمه ثلثي الصنعة وعمل الغلام ثلث العمل فقط يجب للمعلم

وأَحصُدْ هَـذا ولَكَ نِصفُهُ ، ومَا حَصَدْتَ : فَلَكَ نِصفُـهُ ،
وكِراءُ دابّةٍ لِكَذا

الرجوع على سيده بثلث أجرة تعليمه ، إذ هي بقية قيمة منافعه ، وإن كان الغلام عمل ثلثي العمل وعلمه المعلم ثلث الصنعة وجب لسيده الرجوع على معلمه بثلث أجرة عمله. وإن كانا مستويين فلا رجوع لأحدهما على الآخر .

ابن عرفة بعض شيوخ عبد الحق ما حاصله إن مات في نصف السنة ، فإن كانت قيمة تعليمه في النصف الأول مثلي قيمة تعليمه في النصف الثاني وقيمة عمله في النصف الأول نصف قيمة عمله في النصف الثاني يرجع على ربه بثلث قيمـــة تعليمه . قلت الأظهر منع إجارته [1] بعمله لاختلاف عمله بحسب سرعة تعلمه وبعده .

(و) جازت الإجارة على حصد زرع معين بقوله (أحصد) بكسر الصاد وضمهـــا (هـــذا) أي الزرع المعين الحاضر (ولك نصفه) أي الزرع (و) يجوز أن يقول له (ما حصدت فلك نصفه) مثلا وتبع المدونة في الإطلاق ، وقيدها أبو محمد بما إذا علم كم الزرع ونظر إليه وإلا فلا خير فيه . فيها للامام مالك رضي الله تعالى عنه من قال لرجل أحصد زرعي هذا ولك نصفه ، أوجد نخلي هذا ولك نصفه جاز ، وليس له تركه لأنهـا إجارة ، وكذلك لقط الزيتون . ابن حبيب والعمل في تهذيبه بينهما أراد لو شرط قسم الزرع حباً فلا يجوز ، وإن كان إنما يجب له بالحصاد فجائز ، وإن قال فـــما حصدت أو لقطت فلك نصفه جاز ، وله الترك متى شاء لأن هذا جعل .

(و) جاز (إجارة دابة) من كذا كمصر (لكذا) كالمدينة المنورة على ساكنهـــا

---

(١) (قوله منع إجارته) أي المعلم على تعليمه بعملة لاختلاف الخ ، فيـــه نظر من وجهين ، الأول : أنه لم ينقل خلاف عن المتقدمين في جواز الإجارة على تعليمه بعملة سنة مثلاً ، ولم يخف عليهم اختلاف عمله باختلاف سرعة تعلمه وبطئه ، فدل على أنهم عدوه من الغرر اليسير المغتفر. والثاني أن الاختلاف في التعليم أيضاً فلو كان مانعاً لمنع الإجارة على التعليم مطلقاً ولم يقله أحد ، والله أعلم .

أفضل الصلاة والسلام بقدر معين من الدنانير أو الدراهم (عـــلى) شرط (إن استغنى) المكاري عن ركوب الدابة (في) أثنائ(ها) أي المسافة لظفره بحاجته التي سافر إليها من وجود آبق أو بعير شارد أو مدين هارب مثلاً فسخ الإجارة و (حاسب) رب الدابـــة باجرة المسافة التي ركبها قبل استغنائه إن لم ينقد ، وإلا لزم التردد بين السلفية والثمنية لحقة الغرر ، اذ الأصل والغالب عدم استغنائه فيها ، فاندفع قول ابن عاشر مـــا وجه جوازها ، مع أن المؤجر لا يدري مـــا باع من المنفعة ونحوه للخرشي ، وأجاب بيسارة الغرر لما تقدم والله أعلم .

من العتبية والموازية قال الامام مالك رحمه الله تعالى من تكارى دابة بدينار الى بلد كذا على أنه ان تقدم بها فبحساب ما تكارى منه فذلك جائز اذا سمى موضع التقدم أو عرف نحوه وقدره ، وان لم يسمه مثل أن يقول عبدي الآبق بذي المروة فاكترى منك اليها بدينار ، فإن تقدمت فبحساب ذلك ، فهذا لا بأس به لأنه أمر قد عرف وجهه ،فهو كتسمية الموضع الذي يتقدم اليه . فأما ان تكارى منه الى موضع بدينار على أنـــه أينما يبلغ من الأرض كلها فبحسابه فلا خير فيه ، مرة يذهب الى العراق ومرة الى الغرب، فلا يجوز حتى يكون موضع التقدم معلوماً مسمى أو أمراً له وجه يعرف قدره وان لم يسمه ابن المواز ، ثم لا ينقده الا كراء الغاية الأولى ، فإن نقده الكراءين دخله بيع وسلف.

قال الإمام مالك رضي الله تعالى عنه ومن اكترى دابة في طلب ضالة أو آبق فلا يجوز حتى يسمي موضعاً ، فإن سماه وقال إن وجدت حاجتي دون ذلك رجعت وكان علي من الكراء بحسابه فذلك جائز إن لم ينقده . ابن رشد قوله لا بأس به إن لم ينقده هـــو سماع ابن القاسم في اكتراء الدار سنة ، على أنه إن خرج قبلها حاسبه بمـــا سكن ، ومثله قوله في المدونة في إجارة الرجل شهراً على أن يبيع له ثوباً على أن المستأجر متى شاء ترك أنـــه جائز إن لم ينقد لأنها إجارة بخيار فضل ، ومنعها سحنون ، لأنه خيار إلى أمـــد بعيد. ابن رشد ليس كما قال لأنه إنما هو بالخيار في الجميع الآن ، وكلمـــا مضى من الشهر شيء كان بالخيار فيما بقي .

وَٱسْتِئْجارُ مُؤَجَّرٍ ، أو مُسْتَثْنَى مَنْفَعَتُهُ ، والنَّقْدُ فِيهِ إنْ لَمْ يَتَغَيَّرْ غالِباً ،

(و) جاز (استئجار مؤجر) بضم الميم وفتح الجيم سواء استأجره مؤجره أو غيره ، والمعنى أن الشيء المستأجر رقيقاً أوعقاراً أو بهيماً تجوز إجارته لمن هو مستأجره أو لغيره مدة تلي مدة الإجارة الاولى (أو) أي وجاز استئجار شيء مبيع (مستثنى) بفتح النون ونائب فاعله (منفعته) من بائعه مدة معينة يبقى المبيع على حاله غالباً لا يغير عنه إلى انتهائها ، فلمشتريه إجارته مدة معينة تلي مدة الاستثناء . ابن الحاجب يصح استئجار الرقبة وهي مستأجرة، أو مستثنى منفعتها مدة تبقى فيها غالباً والنقد فيها يختلف باختلافها . ابن عبد السلام الرقبة تشمل الحيوان وغيره .

(و) يجوز (النقد) أي تعجيل الأجر (في)إيجار(ه) أي المؤجر أو المستثنى منفعته (إن لم يتغير) المؤجر أو المستثنى منفعته قبل فراغ مدة الإجارة الثانية أي إن ظن أو تحقق بقاؤه بحاله حتى تتم المنفعة للمستأجر ، وإلا كان من الغرر ، ولذا أجازوا شرط النقد في العقار على أن يقبض بعد سنين ، ولم يجيزوه في الحيوان إلا في المدة القصيرة كعشرة الأيام . ابن شاس له أن يكري الدار إلى حد لا تتغير فيه غالباً وينتقد . فأما ما لا يؤمن تغيرها فيه لطول المدة أو ضعف البناء وشبه ذلك ، فيجوز العقد دون النقد ما لم يغلب على الظن أنها لا تبقى الى المدة المعينة فلا يجوز كراؤها إليها .

فيها للامام مالك رضي الله تعالى عنه لا بأس بإجارة العبد عشر سنين وخمس عشرة سنة ، ولا أرى به بأساً والدور أبين أن ذلك جائز فيها ، ويجوز تقديم الأجرة فيه بشرط . ابن يونس تجوز إجارةالدور ثلاثين سنة بالنقد والمؤجل لأنها مأمونة . البناني فقوله إن لم يتغير أي في المدة الثانية لأن كلامهم فيها ، ثم قال والصور هنا ثلاثة غلبة سلامته الى انقضاء مدة الإجارة الثانية وغلبة تغيره فيها واحتمال الأمرين على السواء ، فإن غلب التغير امتنع العقد ، وإن غلبت السلامة جاز العقد والنقد ، وإن احتمل الأمرين جاز العقد عند ابن عرفة وابن شاس ، وامتنع عند ابن الحاجب والموضح . فقوله ان لم

وَعَدَمُ التَّسْمِيَةِ لِكُلِّ سَنَةٍ ، وَكِرَاءُ أَرْضٍ لِتُتَّخَذَ مَسْجِداً مُدَّةً . وَالنَّقْضُ لِرَبِّهِ إِذَا انْقَضَتْ .

يتغير غالباً شامل لصورتي غلبة السلامة واحتمال الأمرين فهو على كلام ابن شاس ، هذا ان رجع الشرط للمؤجر والمستثنى منفعته ، لكنه يقتضي أن النقد جائز في الثانية وليس كذلك ، وكذا ان رجع له ولما بعده ، فإن رجع لقوله والنقد فقط اقتضى مع ذلك أن النقد جائز في الصور الثلاثة ، وليس كذلك فلو قال المصنف والنقد فيه ان سلم غالباً لم يرد عليه ما ذكرناه . وأجيب بأن ما ذكر مبني على أن معنى قوله ان لم يتغير غالباً هو ان لم يغلب تغيره كما هو ظاهر ، ويحتمل أن معناه ان انتفى التغير غالباً ، أي ان كان الغالب انتفاءه . فالحال قيد في النفي لا في المنفي ، فيسلم مما تقدم والله أعلم .

(و) يجوز إيجار الشيء سنين بأجرة معلومة و (عدم التسمية لكل سنة) قدراً معلوماً منها كما يجوز استئجارها سنة بأجرة معلومة بدون تسمية ما يخص كل شهر منها . ابن عرفة عن غير واحد أنه يجوز كراء الربع عدة سنين غير معين لكل سنة قدراً من الكراء كالاشهر في السنة ، وفيها ان أكريت أرضاً ثلاثين سنين بثلاثين دينار لكل سنة عشرة . قال لا بل تحسب على قدر نفاقها كل سنة ، وقال ابن شاس لو آجر سنين ولم يقدر حصة كل سنة من الأجرة صح كما في الأشهر من سنة واحدة .

(و) يجوز (كراء أرض لتتخذ) بضم الفوقية الاولى وفتح الثانية والخاء المعجمة (مسجداً مدة) بضم الميم معينة وبعدها تزول مسجديتها (والنقض) بضم النون وكسرها وسكون القاف وإعجام الضاد ، أي الحجر والآجر والخشب ونحوها المنقوضة المهدومة من بناء المسجد ملك (لربه) أي النقض الذي بنى به المسجد فله التصرف فيه بما يشاء (اذا انقضت) مدة الكراء قاله ابن القاسم، ولا يجبر رب الأرض على بقائه مسجداً ان أراده الباني . ولا الباني ان أراده صاحب الارض . فيها لابن القاسم رحمه الله تعالى لا بأس أن يكري أرضه على أن تتخذ مسجداً عشر سنين، فإذا انقضت المدة رجعت الارض الى ربها وكان النقض لمن بناه . سحنون يجعله في غيره . أبو محمد قول ابن القاسم ليس مثل

وَعلىَ طرْحِ مَيْتَــةٍ . والقِصاصِ والأدَبِ . وعَبْد خمْسَةَ عَشرَ عاماً ويَوْمٍ .

الارض تستحق وقد بنيت مسجداً ، أراد فنقض هذا يحمل في غيره ، لأنه أخرجه من يده لله تعالى على التأبيد ، والآخر انما جعله لله تعالى الى مدة فيرجع اليه بعد تمامها . ابن يونس كمن دفع فرسه لمن يغزو به غزوة ثم يرجع اليه .

(و) يجوز الاستئجار (على طرح) أي حمل (ميتة) أو عذرة أو دم من بيت مثلا لطرحها خارج البلد وان لزم عليه التلطخ بالنجاسة للضرورة . فيها لابن القاسم رحمه الله تعالى لا بأس بالإجارة على طرح الميتة والدم والعذرة .

(و) تجوز الإجارة (على القصاص) من جان عمداً عدواناً بقطع أو قتل أو جرح . فيها من قتل رجلا ظلماً بأجر فلا أجر له ، ومن وجب لهم الدم قبل رجل فقتلوه قبل أن ينتهوا الى الإمام فلا شيء عليهم غير الأدب لئلا يجرأ على العداء ، ولا يمكن الذي له القود في الجراح أن يقتص بنفسه ويقتص له من يعرف القصاص بأرفق ما يقدر عليه وأجرته على من يقتص له . وأما في القتل فيدفع القاتل الى ولي المقتول فيقتله وينهى عن العبث فيه ، وفيها لا بأس بالإجارة على قتل قصاص أراد بعد ثبوته بحكم قاض عدل . اللخمي الإجارة على القتل والجرح جائزة اذا كان عن قصاص أو لحق الله تعالى ، ولا يستأجر في ذلك الا من يرى أنه يأتي بالامر على وجهه ولا يعبث في القتل ولا يجاوز الحد في الجرح .

(و) تجوز الإجارة على (الأدب) لرقيق أو ولد أو زوج أو غيرهم ، فيها لا بأس بالإجارة على ضرب عبدك أو ولدك للأدب ، وأما على غير ما لا ينبغي من الأب فلا يعجبني . أبو الحسن قالوا يصدق السيد أن العبد فعل ما يوجب ذلك ، فلو أقر السيد أنه لم يفعل ما يوجب عليه الأدب ، فهل يمكن من الضرب اليسير دون سبب أو لا ، فيه اختلاف ، ويصدق الزوج أن زوجته فعلت موجب الأدب ، انظر تمامه فيه ، والله أعلم .

(و) تجوز إجارة (عبد) أو أمة لخدمة ونحوها (خمسة عشر عاماً) فيها لا بأس

أو خِياطَةِ ثَوْبٍ مَثَلاً . وَهَلْ تَفْسُدُ إنْ جَمَعَهُما وتَساوَيا ، أو مُطْلَقاً ؟ خِلافٌ ،

بإجارة العبد عشر سنين وخمس عشرة سنة ، ولا أرى به بأساً، والدار أبين أن ذلك جائز فيها ، ويجوز تقديم الأجرة فيه بشرط . ابن يونس تجوز إجارة الدار ثلاثين سنة بالنقد والمؤجل ، لأنها مأمونة وبعبارة ينظر للصغير والكبير والشيخ والهرم ، وللدابة الصغيرة والكبيرة والقوية والضعيفة ، ولا شيء أحسن من قوله والنقد فيه إن لم يتغير غالباً ، وليس معناه أن كل عبد يستأجر خمسة عشر عاماً . اللخمي الأمد في المستأجر يختلف باختلاف الأمن والخوف في تلك المدة ، فأوسعها في الأجل الأرضون ثم الدور ثم العبيد ثم الدواب ثم الثياب ، فيجوز كراء الأرض ثلاثين سنة وأربعين بغير نقد ، إلا أن تكون مأمونة الشرب فيجوز مع النقد ، ويجوز مثل ذلك في الدور إذا كانت جديدة مأمونة البناء ، وإن كانت قديمة فدون ذلك قدر ما يرى أنه يأمن سلامتها في الغالب .

واختلف في العبيد ، فأجاز في كتاب محمد العشرين سنة بالنقد ، وفي المدونة خمسة عشر عاماً ، ومنعه غير ابن القاسم في العشرين ، وأرى أن ينظر في ذلك إلى سن العبد ، وكذلك الحيوانات اختلف في كرائها باختلاف العادة في إعمارها ، فالبغال أوسعها أجلاً لأنها أطولها أعماراً ، والحمير دون ذلك ، والإبل فوق ذلك ، والملابس في الأجل مثل ذلك ، فيفترق الأجل في الحرير والكتان والصوف والقديم والجديد فيضرب من الأجل لكل واحد بقدره .

(و) تجوز الإجارة على خياطة (يوم) مثلا (أو) على (خياطة ثوب مثلا) راجع لليوم لإدخال الأسبوع والشهر والعام ، والخياطة لإدخال سائر الصنائع (وهل تفسد) الإجارة (إن جمعها) أي التحديد بالزمن والعمل في عقد واحد كخياطة ثوب في يوم (و) الحال أنه (تساوى) الزمن والعمل بأن كان اليوم يسع خياطة ثوب لا أكثر اتفاقاً عند ابن رشد ، وعلى أحد المشهورين عند ابن عبد السلام (أولا) تفسد الإجارة مع تساويهما ، وهو أحد مشهورين عند ابن عبد السلام (أو تفسد) الاجارة بجمعهما فساداً

(مطلقاً) عن التقييد بضيق الزمن عن العمل أو مساواته له ، وشهره ابن رشد، في الجواب (خلاف) ابن شاس استصناع الآدمي يعرف إما بالزمن أو بمحل العمل، كاستئجار الخياط يوماً أو لخياطة ثوب معين، فلو جمع بينهما وقال استأجرك لتخيط هذا الثوب في هذا اليوم فلا يصح .

ابن رشد الاجارة على شيء بعينه كخياطة ثوب أو نسج غزل أو طحن قمح وشبهه مما الفراغ منه معلوم لا يجوز تأجيله بوقت يشك في سعته له . وإن كان لا إشكال في سعته له ، فقيل إن ذلك جائز، وهو ظاهر سماع ابن القاسم ، وقوله وهو دليل قوله في المدونة في الذي استأجر ثوراً يطحن له كل يوم أردبين فوجده يطحن أردباً فقط له رده ولم يفسخ الاجارة ، وهو قول ابن حبيب أجاز أن يشترط على المعلم تعليم الغلام القرآن الشريف على الحذقة نظراً أو حفظاً سميا في ذلك أجلا أو لم يسميا ، وعزاه لمالك ، والمشهور أن ذلك لايجوز .

وقال اللخمي أرى أن يمضي أفاده المواق . الحط يعني أن المنفعة التي هي أحد أركان الاجارة إذا كانت صنعة يجوز أن تقيد بزمن كخياطة يوم ، أو بمحلها كخياطة ثوب مثلا. فإن جمعا بينهما أي التقييد بالمحل والزمن ، ففي البيان فإن كان الأمر في ذلك مشكلا فلا اختلاف في أن ذلك لا يجوز ، وإن كان لا إشكال في أن العمل يمكن تمامه قبل انقضاء الأجل فقد قيل أن ذلك جائز ، والمشهور أنه لا يجوز ، واختار اللخمي إمضائها . ابن عبد السلام الذي ارتضاه الشيوخ ان الزمن الذي قيدت الاجارة به إن كان أوسع من العمل بكثير فلا يختلف في جوازها ، وإن كان أضيق بكثير فلم يختلف في منعها ، وإن تساويا فقولان اختلف في المشهور منهما ، فالضيق لا يجوز اتفاقاً ، وكذا المساوي عند ابن رشد ، وعلى أحد المشهورين عند ابن عبد السلام ، فصدر المصنف فيه بالفساد لقوته ، لحكاية ابن رشد الاتفاق عليه ، وعقبه بعدمه لقول ابن عبد السلام أنه أحد مشهورين ، والزمن الزائد عن العمل كثيراً ، ذكر المصنف فيه الفساد لتشهيره .

ابن رشد ولم يعتبر حكاية ابن عبد السلام الاتفاق على صحته ، لأن من حفظ حجة على

من لم يحفظ ، ولم يتعرض للضيق لوضوح فساده وعلمه بالأولى من المساوى، فقوله وتساويا في مفهومه تفصيل فالضيق تفسد فيه بالأولى، والواسع تصح فيه على هذا القول ، وقوله أو مطلقاً أي تفسد سواء كان مساويا أم واسعا عج. والمناسب لاصطلاح المصنف تردد بدل خلاف .

(و) جاز (بيع دار) واستثناء البائع منفعتها عاماً (لتقبض) بضم فسكون ففتح أي يقبضها المشتري (بعد عام) عند ابن القاسم لا منها من التغير لا أكثر من عام فيهامع غيرها جواز بيع الدار واستثناء سكناها مدة لا تتغير فيها غالباً ، وفي حدها ستة أقوال مذهب المدونة مع سماع يحيى ابن القاسم سنة قائلا ولو كان الثمن مؤجلا في التوضيح أجاز ابن القاسم استثناء سكنى الدار ما بينه وبين العام ، ولم يجز أكثر من ذلك لمايخشى من تغيرها . وأجاز ابن حبيب السنة ونصفاً الخ،قال والخلاف خلاف في حال لافي فقه، فإن كانت لا تتغير فيها غالباً جاز .

(أو) بيع (أرض) واستثناء منفعتها (لـ) تقبض بعد (عشر)من السنين عند ابن القاسم لعدم تغيرها فيها غالبا . ابن رشد وبيع الأرض واستثناء منفعتها أعواماً أخف . ابن القاسم يجوز عشرة أعوام .

(و) جاز (استرضاع) لرضيع بأجرة معلومة للضرورة اليه وإن كان فيه استيفاء عين قصداً ، ولنص القرآن العزيز على جوازه ، وسواء كانت الاجرة نقداً أو حيواناً أو عرضا أو طعاما للضرورة ، ولو كان الرضيع محرم الاكل كحمار فتكرى حمارة لارضاعه للضرورة . فيها للامام مالك رضي الله تعالى عنه لا بأس باجارة الظئر على إرضاع الصبي حولا وحولين بكذا وكذا ، إلا أن شرطت عليهم طعامها وكسوتها فهو جائز . ابن حبيب وذلك معروف على قدرها وقدر هيئتها وقدر أبي الصبي في غناه وفقره .

ابن يونس ولا يدخلها طعام بطعام إلى أجل ، لأن النهي إنما ورد في الأطعمة التي جرت عادة الناس باقتياتها . وأما الإرضاع فقد جرى العمل على جوازه في مثل هذا، ولا خلاف

وَالْعُرْفُ فِي ، كَغَسْلِ خِرْقَةٍ ، وَلِزَوْجِهَا فَسْخُهُ ، إِنْ لَمْ يَأْذَنْ ،
كَأَهْلِ الطِّفْلِ إِذَا حَمَلَتْ ،

فيه ، ولأن اللبن الذي يرضعه الصبي لا قدر له من القيمة ، وأكثر الإجارة لقيامها بالصبي وتكلفها جميع مؤنته فكان اللبن في جنب ذلك لا قدر له .

(و) وإن لم يشترط غسل خرقة على الظئر ولا على أهـل الطفل ف (العرف) بضم فسكون ، الجاري بين الناس يعمل به (في كغسل خرقـة) أي الرضيع وربطه في تحته وحمله ودهنه وتحميمه وتكحيله ودق ريحانه وطيبه فيها ويحملون فيما يحتاج اليه الصبي من المؤنة في غسل خرقه وحميمه ودهنه ودق ريحانه وطيبه على ما تعارفه الناس. ابن الحاجب ويحمل في الدهـان وغسل الخرق وغيره على العرف ، وقيل على الظئر . التوضيح قوله وغيره أي كحميمه ودق ريحانه ونحوهما على العرف ، فإن اقتضى انه على الأب فعليه ، هذا مذهب المدونة ، ولم يصرح فيها بالحكم إذا لم يكن عرف ، ونص ابن حبيب على أنه مع عدم العرف على الأب ، وقوله وقيـل على الظئر أي مع عدم العرف ، لأن العرف محل اتفاق ، وهـذا القول لابن عبد الحكم ، وكلامـه يوهم أن هذا القول مع ثبوت العرف .

(و) إن آجرت ذات زوج نفسها لإرضاع طفـل ف (لزوجها فسخه) أي الإيجـار والزامها برد الطفل لأهله (ان لم يأذن) الزوج لها في إيجارها للإرضاع لتضرره باشتغالها عنه بالرضيع ، وتغير حالها إن كانت خدمة الرضيع عليها بشرط أو عرف ، فإن كان أذن طائفيه فليس له فسخه . فيها للإمام مالك رضي الله تعالى عنه ليس لزوجها وطؤهـا إن أجرت نفسها بإذنه ، وان كان بغير إذنه فله أن يفسخ إجارتها ولا يلزمهـا أن تأتي بغيرها ترضعه لانها إنما أكتريت على إرضاعـه بنفسها ، وإن أراد الأبوان السفر فليس لهما أخذ الصبي إلا أن يدفعا لظئره جميع الأجر .

وشبه في استحقاق الفسخ فقال (كأهل الطفل) بكسر الطاء المهملة وسكون الفـاء فلهم فسخ الإجارة (إذا حملت) الظئر ، لأن لبنهـا يضر الطفل . تت وقول المدونة إن

حملت وخافوا على الطفل ألهم فسخ الإجارة ، قال نعم ولم أحفظه عن مالك ا هـ . فإن قيد كلام المصنف به وافق ما فيها ا هـ . وقد يقال إرضاع الحامل مظنة ضرر الطفل ، وإذا كان كذلك فلا يحتاج إلى التقييد به لأنه مقطوع به ، وأما الذي قد يكون فهو حصول الضرر ا هـ .

طفي فيه نظر ، إذ لو كان كذلك ما احتاج لذكره فيها وما جرى عليه المختصرون ففي التهذيب إذا حملت الظئر وخيف على الولد وابقاها . أبو الحسن على ظاهرها فقال ظاهره إذا تحقق الخوف عليه، وقيد الشارح به كلام المصنف فقال يريد وخيف على الولد نعم لما نقل ابن عرفة كلامها ونقل عن اللخمي فسخها بمجرد الحمل لا بقيد الخوف على الولد قال لأن رضاع الحامل يضر بالولد ا هـ ، فلعل هذا يرشح ماقال تت تبعاً للبساطي وإذا فسخت فلها بحساب ما أرضعت ، فلو دفعت لها الأجرة فاكلتها فلا تحسب عليها لتبرعهم بدفعها لها قاله ابن عبد السلام. البناني انظره فإنما نقله في التوضيح عن ابن عبد الحكم ، ولعله مقابل فتأمله مع ما في التوضيح ، ونصه ولا يلزمها أن تأتي بأخرى ترضعه قاله في المدونة ولا يجوز أن تأتي بغيرها ان كان نقدها الأب الأجرة، لأنه فسخ في دين على أصل ابن القاسم وإلا جاز ا هـ . ونقله الحط عن أبي الحسن فهذا صريح في رد مـا في الخرشي والله أعلم . وكـذا يرد بقول المدونة وإن هلك الأب فحصة باقي المدة في مـال الولد قدمه الأب أو لم يقدمه ، وترجع حصة باقي المدة إن قدمه الأب ميراثاً وليس ذلك عطية وجبت اهـ.

وعطف على المشبه في استحقاق الفسخ مشبهاً فيه فقال (و) كـ(موت إحدى الظئرين) بكسر الظاء المعجمة وسكون الهمز مثنى ظئر كذلك أي مرضع المستأجرتين لرضاع صغير فيتيح للباقية فسخ الإجارة لتضررها بإرضاعه وحدها. فيها من واجر ظئرين فاتت إحداهما فللبقية أن ترضع وحدها . سحنون وتنفسخ الإجارة ، الحط الظئر بكسر الظاء المعجمة وسكون الهمز المرضع ، وأراد المصنف إذا استأجرها معاً أو الثانية بعد الأولى عالماً بها ، ففيها ومن واجر ظئرين فاتت واحدة منهما فللباقية أن لا ترضعه وحدهـا ، ومن واجر

ومَوْتِ أَبِيهِ ، ولَمْ تَقْبِضْ أُجرَةً ، إلاَّ أنْ يَتطَوَّعَ بِها مُتطَوِّعٌ ،

واحدة ثم واجر أخرى فماتت الثانية فالإرضاع لازم للأولى كما كانت قبل مواجرة الثانية وإن ماتت الأولى فعليه أن يأتي بمن ترضع مع الثانية . أبو الحسن عبد الحق هذا إن علمت الثانية حين إجارتها أن معها غيرها وان لم تعلم فلا كلام لها ، لأنها دخلت على أن ترضعه وحدها ، وكذا ذكر حمديس .

وعطف على المشبه في استحقاق الفسخ مشبهاً آخر فيه فقال (و) كـ (موت أبيه) أي الرضيع (ولم تقبض) ظئره (أجرة) لمدة مستقبله ينتهى بهـا إرضاعه السنتين ، ولم يترك الأب مالاً ولا مال للرضيع فللظئر فسخ الإجارة في كل حال (إلا أن يتطوع) بها (متطوع) فليس لها فسخها . فيها إن هلك الأب فحصة باقي المدة في مـال الولد قدمه الأب أو لم يقدمه ، وترجع حصة باقي المدة ان قدمه الأب ميراثاً ، لأنها نفقة قدمهـا الأب ولم تلزمه إلا ما دام حياً ، فإذا مات انقطع عنه ما كان يلزمه من أجر رضاعه . وليس ذلك بعطية وجبت ، اذ لو مات الصبي فلا تورث عنه ، وكان ذلك للأب خـاصة دون أمه ، ففارق الضامن الذي قال لرجل اعمل لفـلان أو بعه سلعتك والثمن لك علي فالثمن في ذمة الضامن ان مات ، ولا طلب على المبتاع ولا على المعمول له .

ابن يونس الفرق بينهما ان أجر الرضاع لم يلزم الأب ، وانما قدمه وهو يظن أن الصبي يحيا ، وأنه لازمه فلما مات الصبي بأن أنه لم يلزمه فوجب أن يرجع فيه ، والذي قال بع سلعتك من فلان والثمن على تطوع به ولم يكن يلزمه ، فلما تطوع به وضمنه للبائع لزمه ما التزمه ولم تبق له حجة . فيها وان مات الأب ولم يدع مالاً ولم تأخـذ الظئر من اجارتها شيئاً فلها فسخها ، ولو تطوع رجل بأدائها فلا تفسخ ، وما وجب للظئر فيما مضى ففي مال الأب وذمته ولا طلب فيه على الصبي أراد ولو قبضت أجرتها ثم مات الأب ولم يدع شيئاً فلا يكون للورثة فسخ الإجارة وأخذ حصة باقي المدة منها ، ولكن يتبعون الصبي بها بنويبهم منها .

ابن يونس هذا استحسان وتوسط بين القولين في النكت وهذا بخلاف تقـديم الأب

وَكَظُهُورِ مُسْتَأْجَرٍ أُوجِرَ بِأَكْلِهِ أَكُولاً ، وَمُنِعَ زَوْجٌ رَضِيَ مِنْ وَطْءٍ وَلَوْ لَمْ يَضُرَّ

أجرة تعليم ولده ثم مات فلا تكون ميراثاً ، والفرق بينهما أن التعليم لا يلزم الاب ، ولما أوجبه على نفسه لزمه حياً وميتاً . وأما أجرة الرضاع فهي واجبة على الاب ، فإنما قدم ما يلزمه ، واذا مات سقط عنه لا أن يعلم أن الاب قدمها للولد خوف موته فهي عطية اوجبها في صحته ، فلا سبيل الى رجوعها ميراثاً ، وتسوى أجرة الظئر واجرة التعليم وأعرف نحو هذا التفسير لابن المواز .

وعطف على أهل الطفل المشبه في استحقاق الفسخ مشبهاً آخر فيه فقال (وكظهور) بضم الظاء المعجمة ، أي تبين شخص (مستأجر) بفتح الجيم على خدمــة أو عمل صنعة أو رعي ماشية أو حراسة (أوجر) بضم الهمز وكسر الجيم (بأكــله) أي المستأجر وحــده أو مع دراهم مثلاً حــال كونه (أكولاً) بفتح فضم ، أي كثير الأكل جداً فلمستأجره فسخ اجارته الا أن يرضى الاجير بطعام وسط ، فليس للمستأجر فسخها .

ابن يونس إن وجد الأجير الذي استأجره بطعامه أكولاً خارجاً عن عـادة الناس في الاكل ففي المبسوط له فسخ الإجارة . ابن يونس لأنه كعيب وجـده به إلا أن يرضى الاجير بطعام وسط . وأما إن تزوج امرأة فوجدهـا أكولة خارجة عن الناس فليس له فسخ نكاحها فإما أشبعها وإما طلقها ، لأنها لا ترد إلا من العيوب التسعة ، الاربعـة المشتركة بين الزوجين ، والخمسة المختصة بها فهو كوجودهـا عوراء أو سوداء ولو شاء لاستثبت .

(ومنع) بضم فكسر (زوج) لظئر (رضي) الزوج باجارتها للإرضاع فيمنع (من وطء) لزوجته الظئر إن كان يضر الرضيع ، بل (ولو لم يضر) الوطء الرضيع قاله ابن عبد الحكم ، وسواء حضر العقد أم لا ، وسواء شرط عليه تركه أم لا . وأشار بولو لقول أصبغ لا يمنع منه إلا بشرط أو حصول ضرر ، لأن رسول الله ﷺ هم أن ينهى عن الغيلة فبلغه أن فارس والروم يغيلون ولا يضر أولادهم فلم ينه عنها . ابن حبيب قول ابن القاسم

وَسَفَرٍ كَأَنْ تُرْضِعَ مَعَهُ ، وَلاَ يَسْتَتْبِعُ حَضَانَةً : كَعَكْسِهِ ، وَبَيْعُهُ سِلْعَةٍ عَلَى أَنْ يَتَّجِرَ بِثَمَنِهَا سَنَةً ، إِنْ شَرَطَ الْخَلَفَ :

أحب إلي ، الا ترى أن الزوج لا يكون مولياً باليمين على تركه مدة إرضاعها ، ونصها ليس لزوجها وطؤها إن واجرت نفسها باذنه . فإن تعدى ووطئها فللأب الرضيع فسخ الإجارة لما يتقي من ضرره قاله الإمام مالك وابن القاسم رضي الله تعالى عنهما . وقال ابن الماجشون ليس له فسخها .

(و) منع زوج رضي من (سفر بها) أي الظئر من بلد أهل الرضيع . ابن عبد الحكم وإن أراد الزوج أن يسافر بها ، فإن كانت آجرت نفسها للإرضاع باذنه فليس له ذلك ، وإن كانت بغير إذنه فله ذلك وتنفسخ الإجارة . وشبه في المنع فقال (كأن) بفتح الهمز وسكون النون حرف مصدري صلته (ترضع) بضم الفوقية وكسر الضاد المعجمة الظئر (معه) أي الرضيع رضيعاً (غيره) فتمنع منه ولو كان فيها كفاية لهما ، لأنهم ملكوا جميع لبنها ، وسواء اشترط عليها عدم إرضاع غيره أم لا ، وإن شرطت إرضاع غيره فلا تمنع منه . فيها لابن القاسم رضي الله تعالى عنه لو واجرها على رضاع صبي لم يكن لها أن ترضع معه غيره (ولا يستتبع) الإسترضاع (حضانة) أي حفظاً وخدمة للرضيع .

وشبه في عدم الإستتباع فقال (كعكسه) أي لا تستتبع الحضانة الإرضاع ، فلا يلزم الظئر حضانة ولا الحاضنة إرضاع . ابن شاس الإجارة على الإرضاع لا توجب الحضانة ولا العكس . ابن عرفة لعدم استلزام الدلالة على الآخر كالخياطة والطرز .

(و) جاز (بيعه) أي المالك الرشيد (سلعة) بمائة مثلاً (على) شرط (أن يتجر) بفتح التحتية والفوقية وكسر الجيم المشتري للبائع (بثمنها) أي السلعة كمائة دينار (سنة) مثلاً والربح للبائع وحدوده إذ غايته أنه بيع للسلعة بالمائة مثلا والتجار المشتري بها سنة هو إجارة للمشتري على التجر بالمائة مثلا سنة مثلا ببعض السلعة وجمعهما جائز لاتفاق أحكامهما (إن شرط) بضم فكسر في حال العقد (الخلف) للثمن كله أو بعضه إن

تلف ليستمر التجر به سنة ويخف الغرر ، فإن لم يشترط الخلف فـلا يجوز لشدة الغرر .

فيها للامام مالك رضي الله تعالى عنه من باع لرجل سلعة على أن يتجر له بثمنها سنة ، فإن شرط في العقد أن تلف الثمن أخلفه له البائع حتى يتم عملة به سنة جاز ، وإلا فـلا يجوز. فان شرطه فضاع الثمن فللبائع أن يخلفه حتى تتم السنة ، فان أبى قيـل للأجير اذهب بسلام ، وكذلك لو استأجرت رجلا يعمل لك بهذه المائة دينار سنة جاز ذلـك إن شرطت عليه إن ضاعت اخلفتها له ، فان ضاعت كان لك أن تخلفهـا أو تدع وقد لزمتك الأجرة ، وإن لم تشترط ذلك في أصل الإجارة فلا يجوز .

قال الإمام مالك رضي الله تعالى عنه وكذلك إن واجره يرعى له غنماً بعينها سنة ، فان شرط عليه في العقد أن ما هلك منها أو باعه أو ضاع أخلفه جاز ، وإلا فلا يجوز ، فان شرطه وضاع شيء منها قيل للأجير أوف الإجارة ويخير رب الماشية بين خلف مـا ضاع وعدمه . ابن القاسم لو واجره على رعاية مائة غير معينة جـاز ، وإن لم يشترط الخلف لما مات منها ولربها خلف ما مات بالقضاء ، وإن كانت معينـة فلا بد من الشرط فيها. وقال سحنون يجوز في المعينة من غنم أو دنانير وإن لم يشترط خلف ما هلك ، والحكم يوجب عليه خلف ما هلك . ابن حبيب وقاله ابن الماجشون وأصبغ وبه أقول . ابن يونس وهو عندي أصوب ، لأن الأشياء المستأجر عليها لا تتعين ، فلو استأجره على حمـل طعام أو متاع ما احتاج إلى شرط خلفه إن هلك ، والحكم يوجب خلفـه ، وكذلك في المدونة وكتاب محمد .

الباجي لو استأجره على حصدزرع معين فهلك فقال أشهب تنفسخ ، وقال ابن القاسم لا تنفسخ . ابن عرفة هذا من ابن القاسم خلاف لقوله إن تعذر الحرث بنزول المطر سقط الأجر . ابن القاسم وإن تعذر الحرث بكسر المحراث أو بموت الدابة فلا يسقط أجره . ولسحنون إن منع أجير البناء أو الحصاد أو عمل ماء مطر لم يكن له إلا بحساب مـا

عمل من النهار . وقال غيره له كل الأجر . ابن عرفة لا يدخل الخلاف نوازل تونس لتقرر العرف عندهم بفسخ الإجارة بكثرة المطر ونزول الخوف .

وشبه في الجواز فقال (ك)اجارة على رعي (غنم لم تعين) بضم ففتح مثقلا الغنم في العقد على رعيها فتجوز وإن لم يشترط خلف ما يموت منها أو يضيع (وإلا) أي وإن عينت فتجوز إن شرط الخلف وإلا فلا ، وإن هلكت (فله) أي الراعي (الخلف) لها (على آجره) بمد الهمز وكسر الجيم أي مستأجره ، فان أبى لزمه جميع الأجرة . الحط كذا في كثير من النسخ بلم قبل المضارع المبني للمفعول ، وهو مشكل لاقتضائه أن الغنم غير المعينة لا تجوز الإجارة على رعيها إلا بشرط خلفها ، وليس كذلك ، ولأن قوله وإلا فله الخلف لا معنى له ، لأنه إن حمل على أن المعنى وان عينت فله الخلف ، وأراد مع عدم شرطه فلا يصح لفساد العقد حينئذ ، وان أراد مع الشرط فهو مستغنى عنه .

وتكلف البساطي رحمه الله تعالى تصحيحه بأن التشبيه بين الغنم غير المعينة وبين التجر بثمن السلعة مع شرط الخلف في أن على المالك الخلف لا في صحة الإجارة بالشرط وعدمها بعدمه ، يعني أن الغنم غير المعينة تصح الإجارة على رعيها وان لم يشترط الخلف ، ويقضي على ربها به . بخلاف المعينة فلا تصح الا بشرطه فافهمه فانه كاللغز ، وبأنه في الجواز أي يجوز كذا كما يجوز الإستئجار على رعي غنم غير معينة . وقوله والا فله الخلف معناه على الأول أنه يقضي له بالخلف في غير المعينة وان عينت أي مع شرطه فله أن يأتي بالخلف أو يدفع جميع الأجرة . ومعناه على الثاني أن الإجارة على رعي الغنم المعينة لا تجوز الا بشرط الخلف ، وهو على أجره الأول ا ه ، وهو في غاية التكلف بعيد الملائمة لكلام المصنف . في بعض النسخ المصححة كغنم عينت بالفعل الماضي المبني للمفعول والا فله الخلف على أجره ، وهذه لا اشكال فيها ، ومعناها أن الغنم المعينة تجوز الإجارة على رعيها اذا شرط خلفها ، وان لم تكن معينة فلا تحتاج الى الشرط ، وله الخلف على آجره ، يريد أو يدفع له الأجرة كاملة ، وهذه النسخة مطبقة لنص المدونة

المتقدم . وقوله على آجره أتى به لزيادة البيان والا فمعلوم أن الذي عليه الخلف انما هو الآجر أي رب الغنم ، والله أعلم .

وبقية شروطها وتفريعاتها مبسوطة في شروح المدونة ، وذكروا من جملة شروطها أن لا يشترط عليه التجر بالربح ، بخلاف أولاد الغنم فيجوز شرط رعيها على راعي أمهاتها ، قالوا لأن الربح مجهول ، وما تلده الغنم معروف ، والظاهر أنه غير معروف ، نعم غررم أخف من غرر الربح .

وشبه في القضاء بالخلف فقال (كراكب) أي مريد ركوب مثلا اكترى دابة مضمونة غير معينة ليركبها لموضع كذا فهلكت قبله أو في المسافة فعلى ربها خلفها قرره الشارحان ، ويحتمل كراكب تعذر ركوبه فيجب خلفه ولا ينفسخ الكراء ، فيها للامام مالك رضي الله تعالى عنه واذا تكارى قوم دابة ليزفوا عليها عروساً ليلتهم فلم يزفوها تلك الليلة فعليهم الكراء ، وإن اكترى دابة ليشيع عليها رجـــلا إلى موضع معلوم أو ليركبها إلى موضع سماه فبداله أو للرجل لزمه الكراء ، وليكر الدابة إلى الموضع في مثل ما اكترى . وإن اكتراهـــا إلى الحج أو إلى بيت المقدس أو إلى مسجد النبي ﷺ فعاقه مرض أو سقطة أو مات أو عرض له غريـــم حبسه في الطريق فالكراء لازم له، وله أو لورثته كراؤها في مثل ما اكترى ، وصاحب الإبل أولى بما على إبله من الغرماء .

(و) جاز إيجار (حافتي) بحاء مهملة مثنى حافة سقطت نونه لإضافته لـ أي لجانبي (نهرك ا) من أراد أن (يبنى) عليهما جدارين ، ويرفعهما ليبني عليها (بيتـــاً) يجري نهرك من تحته . المسناوي الظاهر أنه لامفهوم لهذه الإضافة ، فإن جرى نهر غيرك بأرضك فلك كراء حافتيه لمن يبني عليهما ، لأنهما لك . ابن ناجي قلت في درس شيخنـــا أبي مهدي لا يشترط وصف البناء ، بخلاف من اكترى جداراً ليبني عليـــه لتضرر الجدار ، بخلاف الأرض فاستحسنه تت ، وفيه بحث

(و) جاز إجارة (طريق في دار) يمر منها المستأجر لداره مثلا والا فهو من أكل

وَمَسِيلِ مَصَبِّ مِرْحاضٍ ، لاَ مِيزابٍ ، إلاَّ لِمَنْزِلِكَ فِي أَرْضِهِ ،
وكِراءُ رَحَى ماءٍ بِطَعامٍ ، أو غَيْرِهِ ،

أموال الناس بالباطل ، نقله أبو الحسن عن أشهب . فيها لابن القاسم رحمة الله تعالى لا بأس أن تؤاجر حافتي نهرك ممن يبنى عليه بيتاً أو ينصب عليه رحى، ويجوز أن يستأجر طريقاً في دار ، وجائز أن يستأجر مصب مرحاض من دار . وأما مسيل ماء ميازيب المطر من دار فلا يعجبني ، لأن المطر يقل ويكثر ، ويكون ولا يكون . ابن يونس بعض شيوخنا انما افترق جوابه في مسيل المرحاض ومسيل الميزاب لافتراق السؤال . وأما اذا اتفق فلا فرق بينهما ، وذلك أن الذي استأجر مسيل المرحاض انما استأجر مسيل المرحاض من داره على دار صاحبه ، فذلك كطريق استأجرها . وأما مسيل ماء الميزاب فانما اشترى الماء الذي يسيل منها . وأما لو استأجر جواز الماء عليه فهي كمسألة جواز مصب مرحاض .

(و) جاز كراء (مسيل) بفتح الميم وكسر السين المهملة ، أي موضع سيلان (مصب) بفتح الميم والصاد المهملة وشد الموحدة أي مصبوب (مرحاض) بكسر الميم وسكون الراء واهمال الحاء واعجام الضاد ، أي موضع الرحض أي الطرح للفضلة ليجري فيه الى الخلاء أو البحر مثلا (لا) يجوز شراء المطر الذي يسيل من (ميزاب) بكسر الميم وسكون التحتية واعجام الزاي ، ثم باء موحدة آلة تجعل بطرف سطح يسيل منها ماء المطر المجتمع عليه ، لأنه قد لا يكون ، وان كان فتارة يكثر وتارة يقل ، ولا يدرى وقته (الا) أي لكن يجوز كراء مسيل مصب ميزاب (لمنزلك) حال كون المسيل (في أرضه) أي المكري .

(تت) لو قال وطريق في دار أو مسيل مصب مرحاض أو مسيل مصب ماء ميزاب لا ماء ميزاب في أرضه لا شبه أن يكون ما حكاه . ابن يونس البناني لو قال ومسيل ماء مرحاض أو ميزاب لا ماؤه في أرضك لكان أجرى على قصده وهو تأويل ابن يونس .

(و) جاز (كراء رحى) حجر تدور (بماء بطعام أو غيره) أي الطعام فيها للامام

وَعلىَ تَعْلِيم قُرْآنٍ مُشاهَرَةً ، أو عَلىَ ٱلحذاقِ ، وأَخذَهــا ، وإنْ لَمْ تُشْتَرَطْ .

مالك رضي الله تعالى عنه لا بأس باجارة رحى الماء بالطعام وغيره . ابن القاسم فإن انقطع الماء عنها فهو عذر تفسخ الإجارة به ، وان رجع الماء في بقية المدة لزمه باقيها ، كقــول مالك رضي الله تعالى عنه في العبد يمرض ثم يصح قالوا نبه عليه لكون الطحن بالماء ، فربما يتوهم أنها لما كانت متعلقة بالأرض ويصنع الطعام بها يمتنع كراؤهــا بالطعام كأرض الزراعة . المشذالي ونحوه كراء المعصرة بالزيت والملاحة بالملح ، والله أعلم .

(و) جازت الإجــارة (على تعليم قرآن مشاهرة) بضم الميم ، أي كل شهر بأجرة معلومة أو كل سنة أو كل جمعة أو كل يوم ان لم يذكر ما يعلمه في تلك المدة ، والا جرى على ما تقدم في جمع الزمن والعمل (أو على الحذاق) بكسر الحاء المهملة واعجام الذال ، أي الحفظ لكل القرآن أو بعض منــه معلوم كسورة يس أو ثلثه مثلا ، أو على قراءته نظراً في المصحف . فيها لابن القاسم رحمه الله تعالى لا بأس بالإجارة على تعليم القرآن كل سنة أو كل شهر بكذا ، أو على الحذاق للقرآن بكذا أو على أن يعلمــه القرآن كله أو سدسه بكذا . وروى ابن وهب لا بأس أن يشترط مع أجره شيئــاً معلوماً كل فطر أو أضحى .

(وأخذها) أي الأجرة المفهومة من السياق أو الحذقة المفهومة من الحذاقة المعلم ان اشترطت ، بل (وان لم تشترط) بضم الفوقية الأولى وفتح الراء . ابن الحاجب لا بأس بما يأخذه المعلم على تعليم القرآن وان لم يشترط سئل الامام سحنون رحمه الله تعالى عمن يعلم الصبيان بغير شرط فيجري له الدرهم والدرهمان كل شهر ثم يحذقه المعلم فيطلب الحذقة ويأباها الأب ، ويقول حقك فيما قبضت ، فقال ينظر الى سنة البلد فيحملان عليها ، وليس في الحذقة حد معروف الا على قدر الرجل وحاله ، واذا بلغ الصبي عند المعلم ثلاثــة أرباع القرآن فقد وجبت له الختمة بمنزلة المدبر وأم الولد للسيد انتزاع مالهما ما لم يتقارب عتقهما بمرض السيد ، فلا ينتزع منهما شيئاً .

ابن حبيب نحن نوجب حق الحذقة ونقضى بها للمعلم . الحذقة التي كانت عندهم انما هي على الختمة وأما عندنا اليوم فهى على الأجزاء ، الا أنه معروف . القابسي في أحكام المعلمين والمتعلمين الحذقة في السور ما تقررت به عرفاً مثل لم يكن وعم وتبارك والفتح والصافات . ابن عرفة لم يذكر الفاتحة وهي حذقة في عرفنا . القابسي وكذا عطية العبد يثبت بالعرف . سحنون لا تلزم الحذقة الا في ختم القرآن وغيرها تفضل ، ومعناه ان لم يكن عادة بغيرها .

المتيطي اختلف في الحذقة فقيل لا حذقةعليه للمؤدب بحكم إلا أن يكون بشرط لشيء معلوم.وقيل يحمل على سنة البلد ، فإن جرت عادتهم بها حكم له بها بقدر ما يرى على حفظ القرآن ظاهراً أو نظراً وإن كان يخطىء في الحرف والحرفين ، وإذا حسن خطه وهجاءه وكتب كل ما يلى عليه وقرأ جل ما رآه وجب عليه حذقته . ابن عرفة وتجوز على القرآن في حديث البخاري إن أحق ما أخذتم عليـــه أجراً كتاب الله تعالى . وفيها لا بأس بالاجارة على تعليم القرآن كل سنة أو كل شهر بكذا، أو على الحذاق للقرآن أو على تعلمه كله أو سدسه بكذا ، ونحوه سمع القرينان ابن رشد إجازة ذلك كله هو المذهب،وأجمع عليه أهل المدينة وهم الحجة على من سواهم ، واحتج ابن رشد بحديث جواز الجعل على الرقية بالقرآن والإجارة عليه جائزة مشاهرة ومقاطعة على جميعه ، أو على جزء معلوم نظراً أو ظاهراً ، أو وجيبة لمدة معلومة من الشهور أو الأعوام ، فالمشاهرة غير لازمة لأحدهما ، والوجيبة والمقاطعة لازمة لهما .

وأجاز ابن حبيب أن يسمى في المقاطعة أجلا ، ورواه وهو خلاف المشهور في توقيت ما أجله فراغه ، وقال يقضى بالحذقة في النظر . والظاهر بقدر حال الأب ويسره وقوة حفظ الولد وتجويده ، لأنها مكارمة جرى الناس عليها ، إلا أن يشترط الأب تركها ، فان أخرج الأب ابنه قرب الحذقة لزمته،وإن بقي لها ماله بال كالسدس ونحوه سقطت،وليس له حساب ما مضى منها ، وإن شرط المعلم الحذقة فلا تجوز دون تسميتها، وإن أخرج الأب ابنه قبل بلوغها لزمه بحساب ما مضى ولو قل .

ابن حبيب لا يقضى بالاخطار في الأعياد وإن كان فعله مستحباً في أعياد المسلمين ، ويكره في أعياد النصارى كالنيروز ، ولا يجوز لمن فعله ولا يحل لمن قبله ، لأنه من تعظيم الشرك ، قلت فلا يحل قبول هدايا النصارى في أعيادهم للمسلمين، وكذا اليهود وكثير من جهلة المسلمين من يقبل منهم ذلك في عيد الفطيرة عندهم وغيره، ثم قال ابن عرفة ورأيت أن أكمل هذا الفصل بالضروري من كلام الشيخ أبي الحسن القابسي في كتابه المشتمل على بيان أحكام المعلمين والمتعلمين على وجه الإيجاز، قال قوله ﷺ خياركم من تعلم القرآن وعلمه يشمل الوالد بتعليمه ولده إياه ولو بأجرة تعليمه المعلم ، ولقد أجاب ابن سحنون أبا ولد كان يطلب العلم عليه عن قوله أنا أتولى العمل بنفسي ولا أشغله عما هو فيه أجرك في ذلك أعظم من الحج والجهاد والرباط .

القابسي إن ترك الأب تعليم ولده القرآن لشح قبح فعله ولقلة عـذر ، فإن كان للولد مال فلا يدعه دون تعليم وليه أو قاضي بلده أو جماعته إن لم يكن قاض ، وإن لم يكن له مال توجه حكم الندب على وليه وأمه الأقرب فالأقرب وتعليم من أسلم ما يصلي به فرض كفاية يتعين على من انفرد به دون عوض وتعليم الأنثى ما تصلى بـه كالذكر ، كذلك ويتعين على الولي والزائـد على ذلك للأنثى حسن ، وكذا العلم لا الرسائل والشعر وترك تعليمها الخط أصون ، ويكون المعلم معهم مهيباً لا في عنف لا يكون عبوساً مغضبـاً ولا منبسطاً مرفقاً بالصبيان دون لين . قلت ويكتفي في إباحة انتصابه بستر الحال للمتزوج ويسأل عن غيره ، فإن لم يسمع عنه إلا العفاف أبيح له ، ويمنع من يتحدث عنـه بسوء مطلقاً ، وبهذا جرى العمل وهو الحق ، قال وعليه أن يزجر المتثاقل في حفظه أو صنعة كتبه بالوعيد والتقريع لا بالشتم كياقرد ، فإن لم يفد القول انتقل للضرب بسوط من واحد إلى ثلاثة ضرب إيلام فقط دون تأثير في العضو ، فإن لم يفد زاد إلى عشر .

قلت ضرب معلم صبياً بالسوط في رجله لتقرر قلة حفظه فحدثت برجله من ضربـه قرحة صارت ناصولاً يشك في موته به ثم قال ومن ناهز الحلم وغلظ خلقه ولم ترعه العشر فلا بأس بالزيادة عليه . قلت الصواب اعتبار حال الصبيان ، شاهدت غير واحد من معلمينا

الصلحاء يضرب الصبي نحو العشرين وأزيد ، وكان معلمنا يضرب من عظم جرمه بالعصى في سطح أسفل رجليه العشرين وأكثر ، ومنعه الزجر بياقرد ضعيف ، والصواب فعل بعضهم ذلك ، وقد أجازوه للقاضي لمن يستحقه مع قدرته على ضربه ، وكذا كان بعض شيوخنا يزجر به في مجلس إقرائه من يستحق الزجر لتعذره بالضرب ، ونقلوه عن بعض شيوخهم ، وسمعنا منهم عن شيوخهم في ذلك مقالات ممن نقلنا عنه شائعا الشيخ الفقيه العادل الخطيب أبو محمد البرجيني ، والشيخ النحوي المشهور بالزلدوي، وكان يصدر كثيراً من شيخنا أبي عبد الله بن الحباب ، وقليلاً من شيخنا أبي عبد الله بن عبد السلام رحمهما الله تعالى ، وفائدة واضحة لمن أنصف ، لأنها تكسب تثبت الطالب فيما يريد أن يقوله من بحث أو نقل ، وقد والله سمعت شيخنا ابن عبد السلام زجر بعض أهل مجلسنا في مدرسة السماعين في قول قاله بما يقول هذا مسلم ، وكان هــذا المقول له متصفا بعدالة الشهود المنتصبين للشهادة وخطة القضاء بالبلاد المعتبرة ، ولم يترك لذلك مجلسه إلى أن توفي رحمها الله تعالى ، والأعمال بالنيات .

قال ومن اتصف من الصبيان بأذى أو لعب أو هروب من المكتب استشار وليه في قدر ما ير من الزيادة في ضربه قدر ما يطيق . قلت أما في الأذاية فلا يستشير ، لانه حق عليه يتعذر طلبه عند غير معلمه لتعسر إثبات موجبه عليه ، واستحب سحنون أن لا يولي أحداً من الصبيان ضرب غيره منهم .

سحنون ولا يضرب وجهاً ولا رأسا ، ومن حسن النظر التفريق بين الذكور والإناث. سحنون أكره خلطهم لتأديته للفساد . قلت من بلغ حد التفرقة في المضجع فواجب تفريقه منهم ، قال ويحترز ممن يخاف فساده على الصبيان ممن قارب الحلم ، أو كان ذا جرأة . قلت الصواب في هذا منع تعليمه معهم ، قال ولا يقبل شهادة بعضهم على بعض الا من عرفه بالصدق ، فيقبل قوله ، قال وينهاهم عن الربا في تبايعهم طعاما بطعام ، ويفسخه ان نزل وما فات فهو في مال مفوته أو ذمته .

سحنون وشراء الفلقة والدرة وكراء موضع التعليم على المعلم، فإن استؤجر على تعليم

صبيان معلومين سنة معلومة فعلى أوليائهم كراء الموضع ، وأما تعليمهم في المسجد فروى ابن القاسم ان بلغ الصبي مبلغ الادب فلا بأس أن يؤتى به في المسجد وان كان صغيراً لا يقر به ويعبث فلا أحب ذلك . وروى سحنون لا يجوز تعليمهم فيه ، لانهم لايتحفظون من النجاسة ، وهذا هو الصحيح . وأجاب سحنون عن معلم أراد أن ينتقل من موضع لآخر بأنه ان لم يضر ببعض الصبيان لبعده من داره فله ذلك ، والا فإن كان عقد اجارته مع من يتضرر بذلك على اللزوم،فليس ذلك له الا باذن وليه والا جاز دون اذنه،ومتعلق تعليمه بالذات قراءة القرآن حفظا أو نظراً .

ابن سحنون ينبغي أن يعلمهم اعراب القرآن ويلزمه ذلك والشكل والهجاء والخط الحسن وحسن القراءة بالترتيل وأحكام الوضوء والصلاة وفرائضها وسننها وصلاة الجنازة ودعاءها وصلاة الاستسقاء والخسوف . قلت محل قوله عندي اعراب القرآن هو تعليمه معربا احترازاً من اللحن ، اذ الإعراب النحوي متعذر وحسن القراءة ان أراد بهالتجويد فهو لازم في عرفنا الا على من شهر بتعليمه . وأما أحكام الوضوء ومـا بعده فواضح عدم لزومه وكثير من المعلمين لا يقومون بذلك . قال ويجب عدله بينهم في التعليم لا يفضل بعضهم فيه على بعض ، ولو تفاضلوا في الجعل الا أن يبين ذلك لوليه في عقده ، أو يكون تفضيله في وقت غير وقت تعليمه ولا يعلمهم قراءته بالالحان لنهي مالك عنها . ابن سحنون عنه ولا يعلمهم أبا جاد ونهى عن ذلك ، لأني سمعت حفص بن غياث يحدث أبا جاد أسماء الشياطين ألقوها على ألسنة العرب في الجاهلية فكتبوها . محمد فكتبها حرام . وأخبرني سحنون عن ابن وهب عن يحيى بن أيوب عن عبد الله بن طاووس عن أبيه عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما . قال قوم ينظرون النجوم يكتبون أباجاد لا خلاق لهـم . قلت لعل الاستاذ الشاطبي لم يصح عنده هـذا ، أو لم يبلغه ، أو رأى النهي انما هو باعتبار استعمالها على أصل ما وضعت له الا مع تغيرها بالنقل لمعنى صحيح ، وعلى هـذا يسوغ استعمالها عدداً كسراج اليمن في التحصيل واختصار الاربعين وغيره عقدها يجوز مؤجلا لمدة معلومة فيلازم ، ومشاهرة فلا يلزم أحدهما .

ابن حبيب مالك يجوز أن يشارط المعلم على الحذقة ظاهراً أو نظراً ولو سميا أجلا . أصبغ ان تم الاجل ولم يحذقه فله أجر مثله . القابسي فرق أصبغ بين ضرب الاجل للمعلم والخياط اذا كان الفعل يمكن الفراغ منه فيه . قلت سوى اللخمي وابن رشد بينهما. القابسي الحذقة ظاهراً حفظ كل القرآن ، ونظراً قراءته في المصحف ، وقدر عوضها ما اشترطاه ، فإن لم يشترط فهي على حسب حال الاب في كسبه وحفظ الصبي وقراءته مع اعتبار حسن خطه ، فإن نقص تعلم الصبي في أحدهما فلمعلمه من الحذقة بقدر ما تعلم وإن لم يستمر الصبي في الحفظ أو في القراءة في المصحف فلا شيء لمعلمه ، ويؤدب المعلم على تفريطه إن كان يحسن التعليم ، وعلى تقريره إن لم يحسنه ، فان اعتذر ببلادة الصبي اختبر، فان بان صدقه فله من الأجر بقدر حزره وتأديبه إلا أن يكون عرف أباه ببلهه . قلت أو يكون الاب عرف ذلك قال ومحل الحذقة من السور ما تقرر فيه عرفا مثل لم يكن وعم وتبارك والفتح والصافات . قلت لم يذكر الفاتحة وهي حذقة في عرفنا قال وكذا عطية العيد تثبت بالعرف ، وقول سحنون لا تلزم الحذقة إلا في ختم القرآن ، لعل معناه ان لم تكن عادة بغيرها ، وكذا قول ابن حبيب لا يجب الإخطار ولا يجوز اعطاؤه في عيد العجم ، حدثنا أسد بن موسى عن الحسن بن دينار عن الحسن البصري أنه يكره اعطاء المعلم في النيروز والمهرجان ، انما كان المسلمون يعرفون حق المعلم في العيدين ورمضان وقدوم غائب .

القابسي أما العيدان ففعل العامة ، وأما غيرهما وعاشوراء ففعل الخاصة ، وأجاب عمن علمه معلم بعض القرآن ، ثم أكمله له غيره بأن لكل منهما من الحذقة بقدر ما علم انصافا أو أثلاثا ونحوهما ، وربما استحقها الاول فقط ان بلغ من تعليمه مقاربة الختم بحيث يبلغ ما يستغنى به عن المعلم ، وربما استحقها الثاني فقط ان قل لبثه عند الاول ولم ينل من تعليمه ما له بال. ابن حبيب ان شرط المعلم أجراً معلوما في كل شهر أو شهرين وقدراً معلوما في الحذقة فلوليه اخراجه ، وعليه من الحذقة بقدر ما قرأ منه منها الا الثلث أو الربع فعليه بحسابه لاشتراطه ما سمى مع اخراجه ولو شارطه على أن يحذقه بكذا

و كذا لم يكن لوليه أن يخرجه حتى يتم حذقته .

القابسي فرق هذا التفريق ولم يقم حجة عليه، وقال ما حاصله إنهما سواء لاشتراكهما في التزام الولي الحذقة ، واختصاص إحدى الصورتين بزيادة قدر في كل شهر لا يوجب حل ما لزم بالتزام الحذقة ، وان لوليه اخراجه وعليه بقدر ما بلغ منها . قلت تقرير وجه تفرقته أنه اذا شارطه في الحذقة فقط كان أحدهما العرفي كمدة معينة عاقده عليها غير مقرونة بما يدل على الحلال عقدها ، فان ضم اليها شرط قدر في كل شهر كان دليلاً على عدم لزوم عقده وصرفه لحكم عقد المشاهرة . قال وإنما جعل له بقدر مابلغ إذا أخرجه في المشارطة على الحذقة ، لأني رأيته من تجويز الإجارة التي لم يشترط لها غاية ، فما حصل منها كان عليه من الأجر بقدره .

وأما حكم بطالة الصبيان فقال سحنون تسريحهم يوم الجمعة سنة المعلمين . ابن عبد الحكم لمن استؤجر شهراً بطالة يوم الجمعة وتركه من عشية يوم الخميس لأنه أمر معروف وبطالته كل يومه بعيد ، لأن غرضهم إجزاءهم فيه من عشي يوم الاربعاء وبطالتهم في الأعياد على المعروف هي في الفطر ثلاثة أيام ، وكذا في الأضحى ولا بأس بالخمسة .

سحنون من عمل الناس بطالة الصبيان في الختمة اليوم وبعضه ، ولا يجوز أكثر من ذلك إلا بإذن أولياء الصبيان ، قيل له ربما أهدى الصبي المعلم ليزيده في البطالة . قال هذا لا يجوز .

القابسي ومن هنا سقطت شهادة اكثر المعلمين لانهم غير مؤدين ما يجب عليهم الا من عصمه الله تعالى ، وبعثهم لمن تزوج أو ولد له ولد ليعطوا شيئاً ليأتوا به مؤدبهم لا يجوز وكذا ما يأتون به من بيوت آبائهم الا باذنهم . قلت بعثهم لدار بعض الاولاد لختمة أونفاس أو ختان أمر معروف في بلدنا ، والغالب أن لا يكون مسير الولد لذلك الا بعلم من وليه لانهم لا يمشون بذلك بمعتاد ثيابهم ، بل بثياب التجميل والتزين في الاعياد . قال واتخذه بعضهم في حوائجه ولا ينبغي أن يتشاغل عن تعليمهم بشيء وان نزلت به ضرورة استناب مثله فيما قرب .

سحنون لمن استؤجر على تعليم صبيان تعليم غيرهم معهم ان لم يضربهم ولم يشترط عليه عدم الزيادة عليهم وشركة المعلمين جائزة ان كانوا بمكان واحد ، وان كان بعضهم أجود تعلما من بعض لان فيه رفقاً يمرض أحدهم فيقوم الصحيح مقامه ، وان كان بعضهم عربي القراءة والآخر ليسْ كذلك لكنه لا يلحن فلا بأس بذلك قاله الإمام مالك رضي الله تعالى عنه وابن القاسم رحمه الله تعالى . وعن مالك لا يصلح حتى يستويا في العلم ، فان كان أحدهما أعلم فلا يصح الا أن يكون لاعلمهما فضل من الكسب بقدر فضل مـــا عمله على صاحبه . القابسى ان لم يكن لاحدهما من الزيادة الا أن يعرب قراءته والآخر لا يعربها ولا يلحن ، وأحدهما رفيع الخط والآخر ليس كذلك الا انه يكتب ويتهجى فهذا قريب مغتفر في الشركة في الصنائع والتجارات ، ولو كان أحدهما يقوم بالشكل والهجاء وعلم العربية والشعر والنحو والحساب ، واما لو انفرد معلم القرآن بجمعه لجـاز شرط تعليمه اياه مع تعليم القرآن لانه يعين على ضبطه وحسن معرفته ، وهذا ان شارك من لا يحسن إلا قراءة القرآن والكتب كانت الإجارة بينهما متفاضلة على هــذه الرواية على قدر علم كل منهما .

ولو استؤجر أحدهما على النحو والشعر وشبههما والآخر على تعليم القرآن والحساب ما صحت شركتهما . وقيـل لأنس «رض» عنه كيف كان المؤدبون على عهد أبي بكر وعمر وعثمان وعلي «رض» ، قال كان للمؤدب اجانة يجيء كل صبي يوم نوبته بماء ظاهر يصبه فيها يمحون بها ألواحهم ، ثم يصبون ذلك في حفرة بالأرض فينشف . قلت الجواهري الإجانة واحدة الأجاجين ولا يقال إنجانة ، وفي باب آخر المركن بالكسر الاجانة التي تغسل فيها الثياب ابن سيده يقال إجانة وانجانة ، وينبغي أن يصب ذلك الماء بالمواضع البعيدة عن النجاسة ، وكان معلمنا يأمرنا بصبه في حفرة بين القبور ، وينبغي التحفظ منه لأن غالب الصبيان لا يتحفظون في أيديهم من النجــاسة أبواهم . محمد بن سحنون حدثنا موسى عن جرير عن منصور قـال كان ابراهيم النخعي يقول من المروءة أن يرى في ثوب الرجـــل وشفتيه مداد ، والله الهادي إلى سبيل الرشاد .

وإجارةُ ماعُون : كصَحْفة ، وقِدْر ، وعلى حَفْرِ بئْرٍ إجارةٌ ، وجعالَةٌ

(و) جاز (إجارة ماعون كصحفة وقدر) بكسر القاف وسكون الدال ومنخل وغربال وفاس كان يعرف بعينه أم لا ، وقال ابن العطار يمنع كراء ما لا يعرف بعينه كقدر الفخار التي غيرها الدخان فصارت لا تعرف إلا بنقشها . ابن عرفة هذا قصور (و) جاز العقد (على حفر بئر) حال كونه (إجارة) بتعيين مقدار الحفر وصفته وإن انهدم في الاثناء فله بحساب ما عمل وبعد الفراغ فله جميع الأجرة (و) حال كونه (جعالة) بعدم التعيين ولا شيء له إلا بتمام الحفر فيها لابن القاسم رحمه الله تعالى لو واجرته على حفر بئر من صفتها كذا ثم انهدمت فله بحساب ما عمله ، ولو انهدمت بعد فراغها أخذ جميع الأجر حفرها في ملك أو في موات . ابن يونس لأنها إجارة وهي تجوز في ملك وفي غيره من الفلوات إلا أن تكون بمعنى الجعل تجعل له دراهم معلومة على أن يحفر لك بئراً من صفتها كذا وكذا فحفر نصفها ثم انهدمت ، فإن انهدمت في هذا قبل إسلامها اليك فلا شيء له وإسلامها اليك فراغه من حفرها ، وقد قال الإمامُ مالك «رض» في الأجير على حفر قبر انهدم قبل فراغه لا شيء له ، وإن انهدم بعد فراغه فله الأجرة .

ابن القاسم هذه الإجارة فيما لا يملك من الأرضين . ابن يونس يريد أنه جعل ابن المواز لا يكون الجعل في شيء إذا أراد المجعول له ترك العمل بعد أن شرع فيه يبقى من عمله شيء ينتفع به الجاعل . محمد هذا أبين فرق بين الجعل والإجارة فالبناء والحفر فيما يملك من الأرضين لا تجوز فيه إلا الإجارة . ابن عرفة المتيطي الجم الغفير على قول المواز وزاد شرطين آخرين احدهما اختبار الأرض في لينها وقساوتها . والثاني استواء الجاعل والمجعول له في العلم أو الجهل بها . وهذان الشرطان متدافعان ، لأن الأول يقتضي أن من شرط الجعل العلم بحال الأرض والثاني يقتضي أنهذا ليس بشرط لكن يفهم من كلام ابن عبد السلام أن الأول في المدونة ، والثاني في العتبية فهما قولان . »

ابن الحاجب العمل كعمل الإجارة إلا أنه لا يشترط كونه معلوماً ، فإن مسافة الآبق والضالة غير معلومة . ابن عبد السلام كلامه يوهم العموم في كل أنواع عمل الجعالة ، وليس

كذلك إذ مذهب المدونة لا يجوز الجعل على حفر البئر إلا بعد خبرتها بالأرض معـــاً ، وشرط في العتبية استواء حالي الجاعـل والمجعول له العلم بحال الأرض . ابن عرفة عزوه للمدونة شرط الخبرة لم أعرفه في الجعل نصاً ولا ظاهراً بل بلزوم يأتي في محله ، إنما ذكره في الإجارة ، ولعله اعتمد في ذلك على ظاهر لفظ الصقلي ، قال ما نصه مالك « رض » لا بأس بالإجارة على حفر بئر بموضع كذا وقد خبرا الأرض ، وإن لم يخبراهـــا لم يجز يحيى بن يحيى عن ابن القاسم إن عرفا الأرض بلين أو شدة أو جهلاها معاً جـاز ، وإن علم بذلك أحدهما وجهله الآخر لم يجز الجعل فيه ا هـ . فهذا كالنص في حمل مسألة المدونة على الجعل لذكره عليها نقل يحيى عن ابن القاسم في الجعل . قلت لفظها في الأم .

قلت إن استأجرت من يحفر لي بئراً بموضع من المواضع قال إن خبروا الأرض فلا بأس وإن لم يخبروها فلا خير فيه ، كذا سمعت مالكا «رض» وسمعته في الإجـارة على حفر فقير النخل يحفر إلى أن يبلغ الماء إن عرف الأرض فلا بأس ، وإن لم يعرفها فـــلا أحبه . قلت فلفظ الإجارة مع ذكر فقير النخل كالنص في عدم الجعل ، لأن حفر فقـير النخل إنما يكون في الأرض المملوكة دائماً أو غالباً ، والجعل على الحفر لا يكون فيما يملكه الجاعل على المشهور ، ونقل الشيخ عن محمد عن ابن القاسم إن كانت الأرض للمستأجر فلا يجوز فيها جعل على بناء أو حفر وما نسبه لابن الحاجب من إيهام العموم ، مثـله لفظ المقدمات والتلقين ، ا هـ ، كلام ابن عرفة .

(ويكره) بضم التحتية أن يؤجر (حلي) بإهمال الحاء مفتوحة أو مضمومة مـع سكون اللام في الأول وكسرها في الثاني ، لأنه ليس من أخلاق الناس وليس بحرام بين . فيها لابن القاسم لا بأس بإجارة حلي الذهب بذهب أو فضة ،واستثقله الامام مالك«رض» مرة وخففه مرة . ابن يونس مالك «رض» ليس كراء الحلي من أخلاق الناس ، معناه أنهم كانوا يرون زكاتـــه أن يعار ، فلذلك كرهوا أن يكرى . وشبه في الكراهة فقال (كإجار) شخص (مستأجر) بكسر الجيم (دابة) ليركبها لموضع معين تلك الدابة (أو

ثوب) ليلبسه زمناً معيناً ذلك الثوب (لـ) راكب أو لابس (مثله) في الخفة أو الثقل والأمانة وأولى لأثقل منه ، ولا مفهوم لمثله فيكره كراؤها لأخف منـه ، وأشعر قوله لمثله بأنه اكتراها لركوبها ، فإن اكتراها ليحمل عليها ارديا لموضع معين فـلا يكره له كراؤها لمثله .

«ق» فيها لابن القاسم رحمه الله تعالى وإن استأجرت ثوباً تلبسه يوماً إلى الليل فـلا تعطيه غيرك ليلبسه لاختلاف اللبس والأمانة ، فإن هلك بيدك فلا تضمنه وإن دفعته إلى غيرك ضمنته إن تلف ، وقد كره مالك لمكتري الدابة لركوبه كراءها من غيره كان أخف منه أو مثله ، فإن أكراها فلا أفسخه ، وإن تلفت فـلا يضمنها إن كان أكراها فيما اكتراها فيه من مثله في حالته وأمانته وخفته ولو بدا له العدول عن السفر أو ما كريت من مثله ، وكذا الثياب في الحياة والممات ، فليس ذلك ككراء الحمولة والسفينة والدار ، إذ هذا له أن يكريها من مثله في مثل ما اكتراها له .

ابن يونس أراد في هذا أنـه له أن يكريها بغير كراهية ، وفي الثوب للبس والدابة للركوب يكره له ذلك لاختلاف اللبس والركوب ، فإن أكرى ذلك من مثله فلا يفسخ ولا يضمنها ،وفي سماع عيسى من استأجر أجيراً يعمل له فله أن يؤاجر من غيره لاستحقاقه منافعه . وفي بعض النسخ أو لفظ لمثله بأو العاطفة ، ولفظ بلام الجر والفظ من الفظاظة وهي عبارة غلقة ، ولعل فيها تقديم أو على افظ غلطاً من الناسخ ، وأصلها لفظ أو لمثله ، والمعنى أنه يكره أن يؤاجرها لفظ أو لمثله والعهدة عليه في كراهة إجارتها لفظ ، فان الذي في المدونة كراهة إجارتها لمثله أو أخف منـه ، وصرح اللخمي بتمديه بإجارتها لفظ أو غير أمين ، وظاهره المنع ، ونص عليه أبو الحسن ، وصرح بـه في العتبية عن أصبغ في سماع عيسى ،فلو قال المصنف لمثله أو أخف لجرى على لفظ المدونة. ولمالك «رض» في كراء الرواحل إجازة كراء الدابة لمثله أو أخف .

أبو الحسن اختلف عن الامام مالك رضي الله تعالى عنـه في كراء الدواب بالجواز

والكراهة ، وأكثر قوله أنه جائز وأقل قوله كراهيته اهـ ، فقد درج المصنف على القول الأقل مع نقله في توضيحه تبعاً لابن عبد السلام كلامها في كراء الرواحل .

(و) تكره الاجارة (على تعليم فقه) أي العلم المبين فيه حكم فعل المكلف بالطلب أو النهي أو الاباحة أو الوضع لها [1] (و) تعليم (فرائض) أي العلم المبين فيه ما يتعلق بالتركات ، وشبه في الكراهة فقال (كبيع كتبه) أي المذكور من الفقه والفرائض . فيها لابن القاسم أكره الاجارة على تعليم الفقه والفرائض ، لأن مالكاً «رض» كره بيع كتب الفقه والشرط على تعليمها أشد . ابن يونس قد أجاز غيره بيع كتب الفقه فكذلك الإجارة على تعليمه جائزة على هذا ، وهو الصواب. ابن عبد الحكم بيعت كتب ابن وهب بثلثمائة دينار وأصحابنا متوافرون فلم ينكروه وكان أبي وصيه. اللخمي وعلى هذا فتجوز الإجارة على تعليمه وكتابته وهو أحسن ، ولا أرى أن يختلف فيه اليوم لنقص فهم الناس وحفظهم عمن تقدم ، والله أعلم .

وقد كان كثير ممن تقدم لا كتب لهم مالك لم يكن للقاسم ولا لسعيد كتب ، ولقد قلت لابن شهاب أكنت تكتب العلم فقال لا ، فقلت أكنت تسألهم أن يعيدوا عليك الحديث ، فقال لا هذا شأنهم ، فلو سار الناس بسيرهم لضاع العلم وذهب رسمه والناس اليوم يقرؤون كتبهم ثم هم في غاية القصور والله ولي الأمور .

اللخمي يجوز للمفتي أن يكون له جار من بيت المال ولا يأخذ أجراً ممن يفتيه . ابن عرفة في الأجر على الشهادة بخلاف ، وكذلك في الرواية ، ومن يشغله ذلك عن جل تكسبه فأخذه الأجرة من غير بيت المال لتعذرها منه خفيف ، وهو محمل ما سمعته من غير واحد عن بعض شيوخ شيوخنا وهو الشيخ أبو علي بن علوان أنه كان يأخذ الأجر الخفيف في بعض فتاويه .

(١) (قوله الوضع لها) أي الطلب والنهي والاباحة ، أي من حيث موافقة الشرع أو مخالفته أو من حيث استلزام الوجود الوجود والعدم العدم ، أو العدم العدم فقط ، أو الوجود العدم فقط ، فشمل الصحة والفساد والسبب والشرط والمانع .

وقراءةٌ بِلَحْن ، وكِراءُ دُفٍّ ، ومِعْزَف لِعُرْس ، وكِراءُ : كعَبْدٍ كافِر ،

(و) تكره الإجارة على تعليم (قراءة) قرآن (بلحن) بسكون الحاء ، أي تطريب وهو تقطيع الصوت بالأنغام على حده المعروف في الموسيقى، ومحل الكراهة ما لم يخرجه عن كون قرآنا كالغناء فيحرم حينئذ. ابن القاسم أكره الإجارة على تعليم الشعر والنوح أو على كتابة ذلك أو إجارة كتب فيها ذلك أو بيعها . ابن يونس يعني التغني ، وكره مالك قراءة القرآن بالألحان ، فكيف بالتغنى . عياض معناه قول المتصوفة وأناشيدهم المسمى بالتغني على طريقة النوح والبكاء .

(فرع)

القرطبي في أول شرح مسلم أخذ الأجرة والجعل على ادعاء علم الغيب أو ظنه لا يجوز باجماع ، حكاه الحافظ أبو عمر بن عبد البر .

(و) كره (كراء دف) بضم الدال المهملة وشد الفاء آلة الطبل المدورة المغشاة بجلد من جهة واحدة كالغربال (و) كراء (معزف) بكسر الميم وسكون العين المهملة وفتح الزاي ففاء . الجوهري المعازف الملاهي الشارح شيء من أنواع العيدان . عياض عيدان الغناء (لعرس) بضم العين وسكون الراء فسين مهملة أي فرح نكاح . فيها لابن القاسم رحمه الله تعالى لا ينبغي إجارة الدف والمعازف كلها في العرس ، وكره ذلك مالك رضي الله تعالى عنه وضعفه ابن يونس ، أراد ضعف قول من أجاز ذلك . ابن يونس الدف الذي أبيح ضربه لعرس ونحوه ، فينبغي أن تجوز إجارته . ابن عرفة كرهها الإمام مالك رضي الله تعالى عنه لأنه غير عمل الصالحين ، وإن كان ضربه مباحاً في العرس فليس كل مباح تجوز الاجارة عليه . عياض المعازف عيدان الغناء لا يجوز ضربها ولا استئجارها وهي من أنواع البرابط والعيدان .

(و) كره (كراء عبد) مسلم (ل) شخص (كافر) فيما يجوز للمسلم عمله كبناء وخياطة لا فيما لا يجوز كعمل خمر ورعي خنزير . « غ » في بعض النسخ إدخال لام الجر

على عيد بالمثناة واحد الاعياد مضافاً لكافر ، وفي بعضها كراء عبد لكافر باضافة كراء لعبد بالموحدة واحد العبيد ، وإدخال لام الجر على كافر وكلاهما صحيح ، زاد الحط وفي بعضها و كراء كعبد كافر بادخال كاف التمثيل على عبد بالموحدة واحد العبيد وتجريد كافر من اللام ، والظاهر رجوعها للنسخة الأولى باضافة كراء إلى كافر إضافة مصدر إلى فاعله مع الفصل بينهما بمفعوله أو باضافة كراء إلى كاف كعبد إضافة مصدر لمفعوله ، ورفع كافر بفاعليته وكراهة كراء العبد المسلم للكافر إذا لم يغب عليه ، فإن غاب عليه في بيته فلا يجوز لمفاسده من استيلاء الكافر على المسلم وإهانته والتمكن من أذيته ، وقد قال الله تعالى ، ﴿ ولن يجعل الله تعالى للكافرين على المؤمنين سبيلا ﴾ ١٤١ النساء ، وخشية فتنته في دينه لتمكنه منه وإطعامه محرماً كخنزير وميتة وخمر ، ومنعه من الواجبات عليه كالصلاة والصوم ووطء الأمة ، فإن نزلت الإجارة بالصفة المذكورة فتفسخ .

ابن رشد في البيان إجارة المسلم نفسه من كافر أربعة أقسام جائزة ومكروهة ومحظورة وحرام ، فالجائز عمل المسلم له عملا في بيت العامل كصانع يعمل للناس والمكروهة أن يستبد الكافر بجميع عمله من غير كونه تحت يده مثل كونه عامل قراض أو مساقاة ، والمحظورة إجارة نفسه في عمل تحت يده كخدمته في بيته وإرضاع ولده في بيته ، فهذا تفسخ إن عثر عليها ، فإن فاتت مضت وله الأجرة والحرام إجارة نفسه فيما لا يحل من عمل خمر ورعي خنزير ، فهذه تفسخ قبل العمل ، فإن فاتت يتصدق بالأجرة ، فإذا كان هذا في إجارة الحر نفسه فكيف بالرقيق فلا شك أن إجارة الرقيق المسلم للكافر إذا كان يغيب عليه في بيته لا تجوز ، وتفسخ ويؤدب المستأجر والمؤجر أدباً يليق بحالهما ، والله أعلم .

(و) يكره (بناء مسجد للكراء) لمن يصلي فيه فيها لا يصلح لأحد أن يبني مسجداً ليكريه ممن يصلي فيه . الباجي لا يصلح على التحريم ، وهذا خلاف ما هنا . وفي التهذيب لا يصلح أن يبنى مسجداً ليكريه ممن يصلي فيه أو يكرى بيته ممن يصلى فيه ، وأجاز

ذلك غيره في البيت . ابن يونس لا يجوز لأحد أن يبنى مسجداً ليكريه لمن يصلى فيه، ثم قال ابن القاسم ومن واجر بيته من قوم ليصلوا فيه في رمضان فلا يعجبنى ذلك، كمن أكرى المسجد . وقال غيره لا بأس بذلك في كراء البيت . ابن عرفة وفيها لا يصلح أن يبنى مسجداً ليكريه ممن يصلي فيه ولا بيته فاجارتها لذلك لا تجوز ، وأجازها غيره في البيت . عياض لأنه ليس من مكارم الأخلاق . اللخمي من بنى مسجداً ليكريه جاز . قلت اقتصاره على هذا دون قولها لا يجوز غير صواب ، وإن وافق مفهوم نقل الصقلي عن سحنون إنما لم يجز كراء المسجد لأنه حبس لا يباع ولا يكرى ، والبيت ليس مثله كراؤه جائز .

وفي التنبيهات قوله في الرجل يبني مسجداً ليكريه ممن يصلي فيه وكراهيته له في رواية ابن القاسم ، وكذا الذي واجر بيته من قوم ليصلوا فيه قال لا يعجبني، وهو كمن أكرى المسجد ، وقول غيره في البيت لا بأس بإيجاره لمن يصلي فيه وإجازته كراء الدار على أن تتخذ مسجداً بين أن بين هذه المسائل فرقاً . أما الذي بنى مسجداً فإكراه فلو أباحه للمسلمين لكان حبساً لا حكم له ولا لأحد فيه ، وإن لم يبحه وبناه ليكريه فهذا ليس من مكارم الأخلاق ، وهذا معنى قوله والله أعلم .

في كراء المسجد لا يصلح ، وفي كراء البيت لا يعجبني ، وأنه يجوز إن فعله كاجارة المصحف ، لكنه ليس من مكارم الأخلاق . أبو الحسن انظر قوله لا يصلح هل هو على الكراهة أو على المنع ، فعلى ما نقل ابن يونس عن سحنون هو على المنع لقوله لم يجز في المسجد ، لأنه حبس لا يباع ولا يكرى ، وعلى ما تقدم لعياض هو على الكراهة لقوله ليس من مكارم الأخلاق اهـ .

ابن ناجي قوله لا يصلح على التحريم لقوله فيها وإجارتها لذلك غير جائزة والحط وعلى كل حال فأكثر عبارات أهل المذهب عدم الجواز لا الكراهة التي عبر بها المصنف . أبو الحسن أثر قول التهذيب أجاز ذلك غيره في البيت . الشيخ وأجاز هو وغيره أن

يكرى الأرض ممن يتخذها مسجداً عشر سنين فالمسجد في طرف والأرض لتتخذ مسجداً في طرف والبيت واسطة بينهما. ووفق بين قول القاسم وقول غيره في البيت بأن غيره يتكلم بعد الوقوع . وابن القاسم قبله ، وبأن قول ابن القاسم في إكرائه في أوقات الصلاة خاصة ويرجع إليه في غيرها وقول غيره في إكرائه منهم لينتفعوا به مدة كرائه للصلاة وغيرها فيما شاؤوا أو مما هو من جنس الصلاة ، والله أعلم .

(و) تكره (سكنى) الرجـــل (فوقه) أي المسجد بأهله ، قاله الشارح . وقال البساطي مطلقاً بأهله أو وحده .

(تنكيت)

سيأتي في الإحياء منع سكنى فوقه . ومفهوم فوقه جوازها تحته وهو كذلـــك نص عليه فيها ، وسيأتي في الاحياء جواز السكنى فيه لرجـل تجرد للعبادة قاله تت . طفي تبع المصنف في تعبيره بالكراهية هنا لفظ المدونة ، وفي تعبيره بالمنع في الاحيـــاء . ابن شاس وابن الحاجب وعارضه في توضيحه بنصها . وأجاب بحمله على المنع فيقال كذا في كلامية هنا . فيها كره الامام مالك رضي الله تعالى عنه أن يبنى الرجـــل مسجداً ثم يبنى فوقه بيتاً يسكنه بأهلـــه ، أراد لأنها إذا كانت معه يطؤها على ظهر المسجد وذلك مكروه .

الحط هذا موافق لظاهر ما في جعلها وإجارتها ، ولظاهر كلام ابن يونس ، ومخالف لظاهر ما يأتي للمصنف في الإحياء ، ولظاهر كلام ابن شاس هناك والقرافي وابن الحاجب ، ففي التهذيب كره مالك السكنى بالأهل فوق ظهر المسجد . ابن يونس كـره مالك أن يبني الرجل مسجداً ثم يبني فوقه بيتاً يسكنه بأهله ، لأنها إذا كانت معه يطؤها على ظهر المسجد وذلك مكروه . وذكر مالك أن عمر بن عبد العزيز رضي الله تعـــالى عنه كان يبيت على ظهر المسجد في الصيف بالمدينة المنورة على ساكنها أفضل الصلاة والسلام وكان لا يقرب فيه امرأة . ابن الحاجب يجوز للرجل جعل علو مسكنه مسجداً ولا يجوز جعل سفله مسجداً ، ويسكن العلو ، لأن له حرمة المسجد ونحـــوه في الذخيرة والجواهر

في التوضيح ، ونحوه في المدونة والواضحة . وفي جعل المدونة كره مالك السكنى فوقه .

فإن قلت قد صرح بالكراهة هنا خلاف ما في كتاب الصلاة والواضحة. ففي مختصرها أجاز مالك لمن له سفل وعلو أن يجعل العلو مسجداً ويسكن السفل ، ولم يجز له أن يجعل السفل مسجداً ويسكن العلو ، وفرق بينهما أنه إذا جعل السفل مسجداً صار لما فوقه حرمة المسجد ، ثم قال الحط وتحقيق هذه المسألة أن المسجد إذا بنى لله تعالى وحيز عن بانيه فلا ينبغي أن يختلف في أنه لا يجوز البناء فوقه ، فقد قال القرافي حكم الأهوية تابع لحكم الأبنية ، فهواء الوقف وقف ، وهواء الطلق طلق ، وهواء الموات موات ، وهواء الملك ملك ، وهواء المسجد له حكم المسجد لا يقر فيه الجنب. ومقتضى هذه القاعدة أن يمنع هواء المسجد والأوقاف إلى عنان السماء لمن أراد غرس خشب حولها ، ويبنى على رؤوس الخشب سقفاً عليه بنيان ، ولم يخرج عن هذه القاعدة إلا فرع واحد ، وهو إخراج الرواشن والأجنحة عن الحيطان ، ثم أخذ يبين وجه خروجه فانظره ونحوه في الذخيرة وقواعد المقري .

وفي تبصرة اللخمي من بنى لله مسجداً وحيز عنه وأحب أن يبنى فوقه فلا يكون له ذلك . وأما إذا كانت له دار لها علو وسفل وأراد أن يحبس السفل مسجداً ويبقى العلو على ملكه ، فظاهر ما تقدم للواضحة وابن الحاجب وتابعيه وما يأتي للمصنف في الإحياء أنه لا يجوز ، ولكن صرح اللخمي بجوازه ، فقال إثر ما تقدم عنه وإن قال أنا أبنيه لله تعالى وابني فوقه مسكناً، وعلى هذا أبني جاز ، وكذا لو كانت دار لها علو وسفل فأراد أن يحبس السفل مسجداً ويبقى العلو على ملكه جاز اهـ .

وينبغي أن يوفق بين هذه النقول ، ويجعل معنى قوله في المدونة لا يعجبني أو لا ينبغي لا يجوز . ويحمل هو وما في الواضحة وابن شاس والقرافي وابن الحاجب والآتي للمصنف في الإحياء على الشق الأول الذي تقدم أنه لا ينبغي أن يختلف في منعه ، ويحمل ما في جعلها وكلام اللخمي الأخير وما للمصنف هنا على الشق الثاني وإن كان لفظ اللخمي

الجواز ، لأنه لا ينافي الكراهة ، ويساعد هذا التوفيق كلام ابن ناجي في شرح المدونة ، ونصه على قول التهذيب ولا يبنى الخ ، قال في الأم لا يعجبني ذلك ، لأنه يصير مسكناً يجامع فيه ، وذلك كالنص على التحريم ، ولم أعلم فيه خلافاً . وذكر أبو عمران التظاهر المعلومة التي تدل على الخلاف ، هل ظاهر المسجد كباطنه أم لا ؟ وذلك يوهم جواز البناء عليه على قول . وليس كذلك لما ذكره في الأم ، مع أن اللفظ يقتضي سبق المسجد فهو تغيير للحبس ، بل ظاهرها إن من عنده علو وسفل فحبس العلو مسجداً فإنه جائز ، ونص عليه اللخمي ، وعلى قولها المتقدم وكره يريد يكون تحبيس المسجد متأخراً عنه اه .

(و)تصح الإجارة (بمنفعة) ابن عرفة المنفعة ما لا تمكن الإشارة إليه حساً دون إضافة يمكن استيفاؤه غير جزء مما أضيف إليه ، فتخرج الأعيان ونحو العلم والقدرة ونصف العبد ونصف الدابة مشاعاً ، وهي ركن لانها عوض الأجرة (تتقوم) بفتحات مشدد الواو ، أي لها قيمة فلا تصح الإجارة بمنفعة تافهة حقيرة جداً لا قيمة لها كالإيقاد من نار . ابن شاس من أركان الإجارة المنفعة ، ومن شروطها كونها متقومة فما لا تقوم منفعته فلا تصح إجارته .

(قاعدة)

من ملك المنفعة فله المعاوضة عليها وأخذ عوضها ومن ملك الانتفاع بنفسه فقط فليس له المعاوضة عليها ولا أخذ عوضها كساكن المدرسة والرباط والجالس في المسجد أو في الطريق ، فليس لأحد إيجار مكانه من المسجد أو المدرسة أو الرباط أو الطريق ، لانه لم يملك منفعته ، بل ملك انتفاعه بنفسه فقط . ابن عرفة فسروا تتقوم بما لها قيمة وهو قول الغزالي لا يصح إيجار تفاحة لشمها وطعام لتزيين حانوت به ، فإنه لا قيمة له . الحط اختلف في فروع بناء على أن المنفعة فيها متقومة أم لا ، منها إجارة مصحف للقراءة فيه وإجارة شجر للتجفيف عليه (قدر) بضم فكسر مخففاً (على تسليمها) أي المنفعة القرافي .

بِلاَ اَسْتِيفَاءِ عَيْنٍ قَصْداً ، ولاَ حَظْر ، وتَعَيُّن ،

احترازٌ من إيجار أخرس للكلام وأعمى للابصار وأرض لا ماء لها لزراعه أو غمرها الماء وندر انكشافه عنها ، ولكن مذهب المدونة جوازها في الأخيرة إن لم ينقد . ابن شاس من شروط المنفعة كونها مقدوراً على تسليمها حساً وشرعاً فيمنع إيجار أخرس للتعليم وأعمى للحراسة والإيجار على قتل معصوم أو قطع عضوه أو حائض على كنس مسجد فلا تجوز الإجارة على إخراج الجان وحل المربوط . الآبي لا يحل ما يأخذه كاتب البراءة لرد التليفة ، لانه سحر ، وما يؤخذ لحل المعقود ، فان كان برقية عربية جاز ، وإن كان بعجمية امتنع وفيه خلاف . ابن عرفة إن اعتيد نفعه جاز (بلا استيفاء عين قصداً) هكذا عبر ابن شاس .

ابن عرفة شرط المنفعة إمكان استيفائها دون إذهاب عين . ابن شاس فلا يصح إيجار الأشجار لثمارها وشاة لنتاجها ولبنها وصوفها ، لانه بيع عين قبل وجودها . ابن عرفة لم أعرف هذا الفرع لأهل المذهب لوضوح حكمه من البياعات ، وتبع فيه الغزالي ولو رسم المنفعة بما قلناه ما احتاج إلى ذكره .

(و) بـ(لا حظر) بفتح الحاء المهملة وسكون الظاء المعجمة أي منع من استيفائها فلا تجوز الإجارة على ممنوع شرعاً ، كقتل أو قطع أو ضرب عدواناً . ابن عرفة تبع ابن شاس الغزالي في قوله العجز الشرعي كالحسي في الابطال ، فلو استؤجر على قلع سن صحيحة أو قطع يد صحيحة لم تجز ولو كانت اليد متأكلة والسن متوجعة جازت . ابن وهب وأشهب من ذهب بعض كفه فخاف على باقي يده فلا بأس أن تقطع يده من المفصل إن لم يخف موته . ابن رشد إن كان خوف موته من بقاء يده أشد من خوف موته لقطعها فله قطعها . عياض يأتي على ما أدخله الطبري في النهي من خلق له أصبع أو يد زائدة أنه لا يجوز له قطعها ولا نزعها ، لانه تغيير لخلق الله تعالى إلا أن يكون هذا الزائد يؤذيه ويؤلمه من أصبع أو ضرس فلا بأس بنزعه على كل حال .

(و) بلا (تعين) بفتح الفوقية والعين المهملة وضم التحتية مثقلة ، أي طلب المنفعة

من مكلف بعينه ولو غير فرض كرغيبة وضحى وصوم وعاشوراء وحج تطوع وعمرة وتجهيز ميت متعين والتقاط لقطة خيف عليها الخيانة ، فلا تصح الإجارة على شيء منها لتعينه على الأجير . ابن يونس لا جعل لمن وجد ضالة وأتى بها ، إذ لا جعل في رد الأمانة إلى ربها . ابن رشد الجعل لا يجوز فيما يلزم الرجل فعله ، وإنما يجوز فيما لا يلزمه فعله . الامام مالك «رض» لو قال دلني على امرأة اتزوجها ولك كذا فدله فلا شيء له . ابن رشد معناه أشر على وانصح لي في ذلك ، وهذا لو سأله دون جعل للزمه أن يفعله لحديث الدين النصيحة . ابن شاس تقدم الكلام في الاستنابة على الحج والإجارة عليه . وأما حمل الجنازة وحفر القبر وغسل الميت فتجزى فيه النيابة والأجرة .

وتجوز الاجارة على الامامة مع الأذان ، ولا تجوز على الصلاة بانفرادها فرضاً كانت أو نفلا ، ولا على العبادات التي لا تجزي النيابة فيها كالصلاة والصيام ونحوهما ، وتصح إجارة ماله منفعة متقومة مقدورة على تسليمها بلا استيفاء عين قصداً غير محظورة ولا متعينة إن كان غير مصحف وأرض غمرها الماء وندر انكشافها وشجر لتجفيف ثياب ، بل (ولو) كان (مصحفاً) بضم فسكون أي كتاباً مشتملا على القرآن العزيز فتصح إجارته للقراءة فيه . فيها لابن القاسم رحمه الله تعالى لجوز إجارة المصحف لمن يقرأ فيه لجواز بيعه . وأجاز الامام مالك «رض» وكثير من التابعين بيعه . قال ابن عباس «رض» ما لم تجعله تجراً ، أما ماعملته بيدك فجائز . وتجوز الاجارة على كتابته . أبو الحسن انظر قول ابن عباس ما لم تجعله تجراً هل معناه فلا يجوز أو فيكره ، وأشار بولو لمنع ابن حبيب إجارته .

(وأرضاً غمر) بفتح الغين المعجمة والميم أي كثر (ماؤها) الجاري عليها (وندر) بفتح النون والدال المهملة ، أي قل جداً (انكشافه) أي زوال الماء عن الأرض فيصح كراؤها والماء الكثير غامرها . وأما ما لا تنكشف أصلا فلا يصح كراؤها لعدم القدرة على تسليمها . ابن الحاجب لا تجوز إجارة الأرض للزراعة وماؤها غامر وانكشافه

وَشَجَراً لِتَجْفِيفٍ عَلَيْهَا عَلَى ٱلْأَحْسَنِ ، لاَ لِأَخْذِ ثَمَرَتِهِ ،
أَوْ شَاةٍ لِلَبَنِهَا ،

نادر . ابن عرفة ظاهر المدونة والموازية جوازه ، وإنما منعه الغير ونصها من أكرى أرضه الغرقة بكذا ان انكشف ماؤها وإلا فلا كراء بينهم ، وهو يخاف أن لا ينكشف عنها جاز إن لم ينقد ولا يجوز النقد إلا أن يوقن بانكشافه. وقال غيره إن خيف أن لا ينكشف فلا يجوز وإن لم ينقد .

في المقدمات تحصيل مذهب ابن القاسم جواز العقد كانت الأرض أرض مطر أو نيل أو غيرهما مأمونة أو غير مأمونة . وأمـــا بالنسبة إلى جواز النقد ووجوبه فما كان من الأرض مأموناً كأرض النيل والمطر المأمونة وأرض السقي بالعيون الثابتة والآبار المعينة فالنقد فيها للأعوام الكثيرة جائز. وما كان منها غير مأمون فلا يجوز النقد فيه إلا بعد أن يروى ويتمكن من الحرث كانت من أرض النيل أو المطر أو السقي بالعيون والآبار. وأما وجوب النقد فيجب عنده في أرض النيل إذا رويت ، إذ لا تحتاج إلى غيره. وأمـا غيرها فلا يجب فيها النقد حتى يتم الزرع ويستغنى عن الماء .

(وشجراً) أكريت (لتجفيف) بالجيم أي تنشيف ثياب تنشر (عليهـــا) فيجوز (على الأحسن) عند ابن عبـد السلام من قولين ذكرهما ابن الحاجب بقوله في اجارة الشجر لتجفيف الثياب قولان . ابن عرفة تبع ابن الحاجب ابن شاس في حكاية القولين، وقبله شارحوه ، ولم أعرف القول بالمنع.ومقتضى المذهب الجواز كإجارة مصب مرحاض وحائط لحمل خشب (لا) يجوز كراء شجر (لأخذ ثمره أو شاة لـ) أخذ (لبنها) أو نتاجها أو صوفها ، لأن فيه استيفاء عين قصداً .

ابن شاس لا يصح إيجاد الأشجار لثمارها وشاة لنتاجها ولبنها وصوفها ، لأنه بيع عين قبل وجودهـا . «غ» بحث ابن عبد السلام بأن استئجارها للبن لا يمتنع مطلقاً، وينظر فيه ، فإن بيع اللبن جزافاً جاز بشرط تعدد الشياه وكثرتها ، وإن كان بكيل لم يحتج إلى الشرط وإجارة الشاة للبنها قصاراه أنه يؤدي إلى بيع لبنها فـلا ينبغي أن يطلق المنع

منه ا هـ . واستوفى في التوضيح شروط الجواز المعروفة ومن جملتها كونه في الإبان ، ثم حمل كلام ابن الحاجب على ما إذا لم يكن في الإبان كما في الثمرة والصوف ا هـ ، وهو بين من تعليل ابن شاس بأنه بيع عين قبل وجودها . الحط يصح أن يقرأ شاة بالجر عطفاً على مقدر في قوله لا لأخذ ثمرته ، أي لا شجر لأخذ ثمرته ولا شاة لأخذ لبنها فهو ممنوع ، وبالنصب عطفاً على شجرة فهو من الجائز ، وعلى كل فلا بد من عناية فيه ، فإن جعل من الممنوع قيل إلا بشروط يأتي ذكرها . وإن جعل من الجائز قيل بشروط يأتي ذكرها، وهي كون الغنم كثيرة كعشرة ، وكونه في إبان اللبن ومعرفة وجه حلابها وكونه الى أجل لا ينقص اللبن قبله وشروعه في الأخذ من يومه أو بعد أيام يسيرة ، وكون السلم الى ربها هذا إن كان جزافاً ، فإن كان بكيل أسقط الشرط الأول لا يقال إفراد الشاة ينافي الأول لأن المراد جنسها ، والله أعلم .

(واغتفر) بضم المثناة وكسر الفاء (ما في الأرض) أو الدار المكتراة من ثمرة دالية أو نخلة (ما لم يزد) ما فيها (على الثلث) معتبراً (بالتقويم) لكراء الأرض بلا ثمرة والثمرة التي اعتيدت للدالية أو النخلة ويسقط من قيمتها مؤنة سقيها وخدمتها ونسبة كل منهما لمجموعهما . فيها لابن القاسم رحمه الله تعالى من اكترى داراً أو أرضاً فيها سدرة أو دالية ، أو كان في الأرض نبذ من نخل أو شجر ولا ثمرة فيها حينئذ أو فيها ثمرة لم تزه فهي للمكري إلا أنه إن اشترط المكتري ثمرة ذلك ، فإن كان تبعاً مثل الثلث فأقل فذلك جائز ، ومعرفة ذلك أن يقوم كراء الارض أو الدار بغير شرط الثمرة .

فإن قيل عشرة قيل ما قيمة الثمرة فيما عرف مما تطعم كل عام بعد طرح قيمة المؤنة والعمل فيعلم الوسط من ذلك .

فإن قيل خمسة أو أقل جاز . أصبغ هذا إذا علم أن الثمرة تطيب قبل تمام مدة الكراء ، وإلا فلا يجوز أن يعقداه . ابن يونس أجيز للضرورة التي تدخل على المكترى في دخول رب الدار لإصلاح الثمرة وجذاذها ، كما اذا أجيز شراء العرية بخرصها ثمراً .

وَلاَ تَعْلِيمِ غِنَاء أو دُخُولِ حائِضٍ لِمَسْجِدٍ أو دار ؛ لِتُتَّخَذَ كَنِيسَةً كَبَيْعِها لِذَلِكَ ، وتُصُدِّقَ بِالْكِراء ، وبِفَضْلَةِ الثَّمَنِ عَلَى الْأَرْجَحِ ،

ابن رشد مذهب الامام مالك رضي الله تعالى عنه أن كل مـا يفترق قليله من كثيره فثلثه يسير إلا الجوائح ومعاقلة المرأة الرجل وما تحمله العاقلة من الدية ، وجمعها « غ » في قوله:

فالثلث نزر في سوى المعاقلة ثم الجوائح وحمـل العاقلة

(و) لا تجوز الاجارة على (تعليم غناء) بكسر السين المعجمة ممدوداً ، أي التغني والتطريب بالاهوية المعروفة في علم الموسيقى . وأما المقصور فهو اليسار ، وكذا على تعليم استعمال آلات الطرب كالعود والمزمار لحديث إن الله اذا حرم شيئاً حرم ثمنه ، وهذا من مفهوم بلا حظر . الآبي في شرح مسلم لا خلاف في حرمة أجر المغنية والنائحة ولا في حرمة ما يأخذه الكاهن ولا يحل ما يأخذه الذي يكتب البراءة لرد التابعة ، لانـه من السحر . وسئل ابن عرفـة عمن ذهبت له حوائج فقرأ في دقيق وجعـل يطعمه أناساً اتهمهم ، ومنهم امرأة حامل فقالت ان أطعمتوني أموت فأطعموها منه فماتت فأجاب بأنه ليس عليه الا الادب . وأمـا ما يؤخذ على حل المعقود فان كان برقية عربية جاز ، وإن كان برقية عجمية فـلا يجوز ، وفيـه خلاف . وقال ابن عرفة ان تكرر نفعه جاز .

(و) لا تجوز الإجارة على (دخول حـائض لمسجد) لتكنسه لحرمة دخولهـا فيه ومثلها اجارة مسلم لكنس كنيسة أو رعي خنزير أو لعمـل خمر فيفسخ ويؤدب ان لم يعذر بجهل ، وان نزل وفات فاستحب ابن القاسم التصدق بالأجرة (أو) كراء (دار) أو أرض (لتتخذ) بضم التاء الأولى وفتح الثانية (كنيسة) أو بيعة أو بيت نار أو ليباع فيها الخمر ولاجتماع المفسدين (أو بيعها) أي الدار أو الأرض (لذلك) أي اتخاذها كنيسة أو نحوها (وان) نزل (تصدق) بضم المثناة والصاد وكسر الدال مشددة (بالكراء) كله ان أكريت (وبفضله) أي زيادة (الثمن) الذي بيعت به على الثمن الذي يباع به بيعاً جائزاً (على الارجح) عند ابن يونس من الخلاف .

فيها للإمام مالك رضي الله تعالى عنه لا يعجبني أن يبيع الرجل داره أو يكريها ممن يتخذها كنيسة . ابن يونس فان نزل فقال بعض شيوخنا يتصدق بالثمن وبالكراء. وقال بعضهم يتصدق بفضلة الثمن وبفضلة الكراء تقوم الداران ، لو بيعت أو كريت على غير هذا الوجه فيعلم الزائد فيتصدق به ، لأنه ثمن ما لا يحل. وقال بعضهم يتصدق بالفضلة في البيع وبالجميع في الكراء . ابن يونس وبهذا أقول .

(ولا) تجوز الإجارة على عمل شيء (متعين) أي مطلوب من عين الأجير ولو على سبيل الندب (كركعتي الفجر) وركعة الوتر سواء استأجر على فعل ذلك عن مستأجره لأنه لا تصح فيه النيابة أو عن نفسه لاجتماع العوض والمعوض لواحد ، وهو ممنوع ، لأنه من أكل أموال الناس بالباطل . طفي فليس المراد كل مندوب بل ما لا يقبل النيابة كالصلاة والصوم ، وأما غيرهما من المندوبات كقراءة القرآن والاذكار فتجوز الاجارة عليه . ابن فرحون هذا حكم الصلاة والصوم الواجب والمندوب ، وأما قراءة القرآن فالإجارة عليها مبنية على وصول ثوابها للميت .

وفي فتوى ابن رشد في جواب السؤال عن قوله تعالى ﴿ وأن ليس للإنسان إلا ما سعى ﴾ قال ان قرأ وأهدى ثواب قراءته للميت جاز ذلك وحصل أجره للميت ووصل اليه نفعه ان شاء الله تعالى ، لحديث النسائي عنه صلى الله عليه وسلم من دخل مقبرة وقرأ قل هو الله أحد ، احدى عشرة مرة وأهدى ثوابها لهم كتب الله له من الحسنات بعدد من دفن فيها ، القرافي الاعمال ثلاثة أقسام قسم لا يصل اتفاقاً كالإيمان ، وقسم يصل اتفاقاً كالصدقة والعتق ، وقسم مختلف فيه كالصيام والحج وقراءة القرآن ، فقال مالك والشافعي لا يصل ، وأبو حنيفة وأحمد رضى الله تعالى عنهم أجمعين يصل ، ثم قال فينبغي للانسان أن لا يتركه فلعل الحق هو الوصول ، فانه مغيب ، وكذا التهليل الذي اعتاد الناس ينبغي عمله والاعتماد على فضل الله تعالى .

ابن العربي أوصيك بالمحافظة على شراء نفسك من الله تعالى بأن تقول لا اله الا الله سبعين ألفا ، فإن الله تبارك وتعالى يعتقك ويعتق من تقولها عنه من النار ، ورد به

بِخِلَافِ ٱلْكِفَايَةِ. وَعُيِّنَ: مُتَعَلِّمٌ، وَرَضِيعٌ، وَدَارٌ، وَحَانُوت وَبِنَاءٌ عَلَى جِدَارٍ،

خبر نبوي . طفي فكلام هؤلاء الأئمة يدل على الوصول فتجوز الاجارة على ذلك وقد استمر العمل عليها شرقاً وغربا ، ولولا قوله ركعتي الفجر لحمل قوله ولاسنتين على خصوص الواجب ، ويكون اشارة لقول ابن رشد لا يجوز الجعل فيما يلزم فعله ، وانما يجوز فيما لا يلزم فعله ، والله أعلم .

(بخلاف) العمل المطلوب على سبيل (الكفاية) من البعض عن غيره كتغسيل الميت وتكفينه ودفنه فتجوز الاجارة عليه الا الصلاة فلا تجوز الاجارة عليها لتعينها بصورتها لعبادة الله تعالى ، بخلاف التغسيل والتكفين والحمل والدفن .

(وعين) بضم فكسر مثقلا وجوباً شرطاً في صحة الاجارة على التعليم لقراءة أو صنعة شخص (متعلم) تخفيفاً للغرر ، لاختلاف التعليم صعوبة وسهولة وتوسطاً بينهما باختلاف حال المتعلم بالحذق والبلادة والتوسط بينهما (و) عين في الإجارة على الإرضاع شخص (رضيع) لاختلاف ارضاعه بالقلة والكثرة باختلاف قلة رضاعه وكثرته . ابن الحاجب يلزم تعيين الرضيع والمتعلم بخلاف غنم ونحوها . اللخمي تجوز اجارة الظئر اذا كان الصبي حاضراً ليرى ، فإن كان غائباً فلا يجوز الا أن يذكر سنه ، وان جرب رضاعه ليعلم قوة رضاعه من ضعفه كان أحسن ، فان لم يفعلا جاز لتقارب الرضاع . وقال سحنون لا تجوز الا بعد معرفة رضاعه ، قال في الظئر تستأجر لإرضاع صبيين تنفسخ الإجارة بموت أحدهما لانه إن أتى بآخر مكان من مات لم تدر هل رضاعه مثل من مات أم لا ، لاختلاف الرضاع .

(و)عين (دار وحانوت) وحمام وفندق ونحوها في كرائها لاختلاف الاغراض فيها باختلافها بالسعة والعلو والسفل والنور والظلمة والموضع ، وقربها من المسجد والشارع وبعدها عنها والتوسط والتطرف وغيرها . فيها لابن القاسم رحمه الله تعالى من أكرى داراً بافريقية وهو بمصر جاز كشرائها ، ولا بأس بالنقد فيها لانها مأمونة .

(و)عين أي وصف (بناء) أريد انشاؤه (على جدار) مكترى البناء عليه لاختلاف

وَمَحْمِلٌ ، إِنْ لَمْ تُوصَفْ ، ودابَّةٌ لِرُكُوبٍ ، وإِنْ ضُمِنَتْ فَجِنْسٌ ، ونَوْعٌ وذُكُورَةٌ ،

الأغراض فيه لرغبة رب الجدار في خفته والمكترى في متانته ، ومفهوم على جدار أنه إن اكترى أرضاً للبناء عليها فلا يشترط وصفه لعدم اختلاف الأغراض فيه لعدم تضرر الأرض بالثقل .

(و)عين (محمل) بفتح الميم الأولى وكسر الثانية ما يركب فيه لاختلاف الأغراض فيه بسعته وضيقه وكبره وصغره وخفته وثقله (إن لم يوصف) ما ذكر من المتعلم وما عطف عليه ، فإن وصف وصفاً شافياً أغنى عن تعيينه ، ولا يتأتى في البناء على الجدار إلا الوصف لعدمه حال العقد .

(و)عين (دابة) اكتريت للركوب (عليها) لاختلاف الأغراض فيها بلين ظهرها ويبسه وسرعة سيرها وبطئه وسهولة انقيادها وصعوبته (وإن ضمنت) الدابة بضم فكسر في ذمة مكريها فلا يشترط تعيينها بشخصها (ف)يعين (جنس) لها لغوي من ابل أو خيل أو بغل أو حمار لاختلاف الأغراض فيها (و)يعين (نوع) أي صنف لها من عراب أو بخت وعربية أو برذون ومغربية أو شامية وحضرية أو بدوية لاختلاف الأغراض بذلك (و)تعين (ذكورة) أو أنوثة لاختلاف الأغراض بها . ومفهوم لركوب أنها ان أكريت لحمل أو سقي أو حرث أو درس فلا يشترط تعيين شيء مما ذكر الا أن يختلف الغرض فيه . فيها كراء الدواب على وجهين دابة بعينها أو مضمونة . وفي المعونة المركوب المعين لا بد أن يعرف بتعيين باشارة اليه كهذه الدابة والناقة . ابن عرفة يريد ليحيط بها المكتري معرفة كالمشتري . قال والمضمونة يذكر جنسها ونوعها والذكورة والأنوثة ، وتبعه ابن شاس والمتيطي .

ابن رشد كراء الرواحل والدواب على وجهين معيناً ومضموناً فالمعين يجوز بالنقد والى أجل إذا شرع في الركوب أو كان إلى أيام قلائل كعشرة قاله الإمام مالك رضي الله تعالى عنه . وقال ابن القاسم لا يعجبني إلى عشرة أيام ، أي إذا نقد ، وهذا إذا كانت الدابة أو الراحلة حاضرة ، فإن كانت غائبة فلا يجوز تعجيل النقد لأنه لا يصلح في شراء

الغائب وإن كانت الراحلة معينة على أن لا يركبها إلى ثلاثين يوماً ونحوها ، فلا يجوز كراؤها بالنقد، ويجوز بغيره قاله في المدونة والمعين ينفسخ كراؤه بموته في بعض الطريق فإن أراد المكري أن يعطيه دابة أخرى بعينها يبلغ عليها إلى منتهى سفره ، فإن لم ينقد جاز كراء مبتدأ وإن كان قد نقده فلا يجوز ، لأنه فسخ دين إلى أن يكون في مفازة فيجوز للضرورة إلا على مذهب أشهب ، فيجوز مطلقاً ، لأن قبض الأوائل عنده كقبض الأواخر .

عياض الراحلة هي الناقة المعدة للركوب المذللة له ، وتستعمل في ذكور الابل وإناثها وأصلها من الرحل الموضوع عليها . ابن المواز ما استؤجر على عمله أو حمله أو رعايته فلا يصلح شرط أنه بعينه لا غيره ، فيصير رب تلك الأشياء لا يقدر على بيعها، والاتيان بغيرها قبل تمام المدة . وإن هلكت لا يقدر أن يأتي ببدلها ولو أراه حين العقد ما يعمله أو يحمله أو يرعاه فذلك كالصفة لما يعمل أو يحمل أو يرعى ، فإن شرطه بعينه لا يعدوه فلا يجوز .

ابن الحاجب وفي الدواب المركوبة بتعيينها وفي الذمة بتبيين الجنس والنوع والذكورة لا بتعيين الراكب وإن عين فلا يلزم تعيينه. ابن رشد وأما كراء الدابة المضمونة والراحلة المضمونة فهو أن يقول أكتري منك دابة أو راحلة فيجوز بالنقد ، وإلى أجل إذا شرع في الركوب ، فان لم يشرع فيه واكترى كراء مضموناً الى أجل كالمكتري للحج في غير ابانه فلا يجوز الا بتعجيل جميع الأجر كالسلم الا أن الامام مالكاً خفف ان يعربن الدينار ، لأن الأكرياء قطعوا بالناس ولا يفسخ الكراء المضمون بموت الدابة إلا أن المكري اذا قدم للمكتري دابة فركبها فليس له أن يبدلها تحته الا برضاه .

(وليس لراع) استؤجر على رعي ماشية (رعي) ماشية (أخرى) معها (إن لم يقو) على رعي الأخرى مع الأولى بحيث لا يأتي بما يلزمه في رعي الأولى (الا بـ) شخص (مشارك) له في الرعي بحيث يقوى به على رعي الأولى والقيام بما يلزمه في رعيها مع الثانية (أو تقل) الماشية الأولى بحيث يقدر على رعي غيرها معها من غير اخلال بشيء

وَلَمْ يَشْتَرِطْ خِلاَفَهُ ، وإلاَّ فَأَجرُهُ لِمُسْتَأْجِرِهِ : كأَجِيرٍ لِخِدْمَة آجَرَ نَفْسَهُ ، ولاَ يَلْزَمُهُ رَعْيُ الوَلَدِ ، إلاَّ لِعُرْفٍ ،

ما يلزمه في رعيها ، فيجوز له رعي غيرها معها (إن لم يشترط) بضم اليـاء وفتح الراء عليه في إجارته لرعي الأولى (خلافه) أي عدم رعي غيرها معها (وإلا) أي وإن اشترط عليه في إجارته لرعي الاولى أن لا يرعى غيرها معها فخالف ورعى غيرها معها بأجرة (فأجره) لرعي غيرها مستحق (لمستأجره) على رعي الأولى لملكه جميع رعيه .

وشبه في استحقاق المستأجر الاول أجرة الأجير على العمل الثاني فقال (ك) أجر (أجير) استؤجر (لخدمة) فآجر نفسه لغير مستأجره فأجرة الثاني مستحق لمستأجره الاول . فيها لابن القاسم رحمه الله تعالى ومن استؤجر على رعاية غنم كثيرة لا يقوى على رعي أكثر منها فليس له أن يرعى معها غيرها إلا أن يدخل معه راعياً يقوى به ، وإن كانت غنماً يسيرة فذلك له إلا أن يشترط عليه ربها أن لا يرعى معها غيرها ، فإن رعى الراعي معها غيرها بعد هذا الشرط فالاجر لرب الاولى ، وكذلك أجيرك للخدمة يؤاجر نفسه من غيرك يوماً أو أكثر فلك أخذ الاجر أو تركه وإسقاط حصة ذلك اليوم من الاجر عنك . ابن يونس إن أجر نفسه فيما يشابه ما آجرته فيه أو يقاربه . وأما إن آجرته على الرعاية شهراً بدينار فآجر نفسه في الحصاد أو آجرته يخدمك في الغزو فقاتل وأسهم له في الغنيمة عشرة دنانير ، فهذا وشبهه لا يكون فيه إلا اسقاط حصة ما عطل من عملك من الاجر .

(ولا يلزمه) أي الراعي (رعي) جنس (الولد) الذي ولدته الماشية التي استؤجر على رعيها (إلا لعرف) بضم فسكون بينهم برعيه الولد فيلزمه . فيها لابن القاسم رحمه الله تعالى إن استؤجر على رعاية غنم بأعيانها وشرط ربها إن ما مات منها أخلفه فتولد الغنم خلا في رعاية الولد على عرف الناس ، فإن لم تكن لهم سنة فلا يلزمه رعايتها . ابن اللباد ويعلى فيها أن يأتي براع يرعى معه للتفرقة . أبو الحسن راعي التفرقة في الحيوان البهيمي ومثله في سماع عيسى . ابن عرفة معناه أن التفريق تعذيب لها فهو من النهي عن

وَعُمِلَ بِهِ فِي الْخَيْطِ وَنَقْشِ الرَّحى، وَآلَةِ بِنَاءٍ، وَإِلاَّ فَعَلَى رَبِّهِ: عَكْسُ إِكَافٍ، وَشِبْهِهِ

تعذيب الحيوان ، ولتضرر الراعي بندود الامهات إلى أولادها والله أعلم .

(وعمل) بضم فكسر (به) أي العرف (في الخيط) الذي يخاط به الثوب المستأجر على خياطته في كونه على رب الثوب أو الخيـاط (ونقش الرحى) المكتراة للطحن بها في كونه على مكريها أو مكتريها (و) في (آلة بناء) في كونها على رب البيت أو على العامل (وإلا) أي وإن لم يكن عرف (فعلى ربه) أي المصنوع من ثوب ورحى وبيت . فيها لابن القاسم رحمه الله تعالى من واجرته على بناء دار فالأداة والقوس والقفاف والدلاء على من تعارف الناس أنه عليه . وكذلك حشيان التراب على القبر ونقش الرحى وشبهه . فإن لم تكن لهم سنة فآلة البناء على رب الدار ونقش الرحى على ربـه . ابن شاس استئجار الخياط لا يوجب عليه الخيط إلا أن يكون العرف . ابن عرفة هو كقولها في آلة البناء وعرفنا في الأجير أن لا خيط عليه . وفي الصانع الخيط عليـه . ابن العطار نقش الرحى على من هو عليه عرفاً ، فإن عدم العرف فعلى ربها .

ابن حبيب وابن أبي زمنين عرفنا على المكتري وذلـك (عكس) أي خلاف حكم (إكاف) بكسر الهمز وخفة الكاف أي رحل (وشبهه) أي الاكاف كبرذعة وسرج وحزام فهو عند عدم العرف على المكترى حكاه ابن عبد السلام عن بعض الشيوخ ، وقرر به كلام ابن الحاجب وتبعه المصنف . ومفهوم كلام المدونة أنه على رب الدابـة ، وبه قرر البساطي كلام المصنف قاله تت . ابن شاس على رب الدابة تسليم ما العادة تسليمه معها من إكاف وبرذعة وحزام وسرج في الفرس وغير ذلـك من معتاد ، لأن العرف كالشركة، وكذا الحكم في إعانة الراكب في النزول والركوب في المهمات المتكررة، وكذا رفع الحمل والمحمل « غ » قوله عكس إكاف وشبهه، أي فإن كان فيه عرف عمل به، وإلا فهو على رب الدابة، فالعكس حيث لا عرف ولو كان حيث لا عرف على المكتري كما فهم الشارح لكان مساوياً لما قبله لا مخالفاً له ، فاذا تقرر هذا ظهر منه أن المصنف عدل عن طريقـة ابن

شاس وابن الحاجب ، وعول على ما أقيم من قولها في كتاب الرواحل والدواب ولا بأس أن تكاري من رجل إبلا على أن عليك رحلتها .

أبو الحسن قوله رحلتها معناه حلها وربطها والقيام بها فان ظاهره لولا الشرط لكان ذلك على رب الإبل ، بل حكاه ابن عبد السلام وإن بحث فيه وارتضاه المصنف وجعله خلاف قول ابن الحاجب ، وعلى مكري الدابة البرذعة وشبهها والإعانة في الركوب والنزول ورفع الاحمال وحطها بالعرف ، إذ مفهوم قوله بالعرف أنه لو لم يكن عرف لكان ذلك على المكتري ، وانظر هل يتناول اسم الرحلة رفع الاحمال وحطها أبين من تناوله الاكاف وشبهه ، أم هما سواء ، وقد فسر أبو الحسن الرحلة بحل الإبل وربطها والقيام بها ، وزاد هو وابن عرفة إقامة أخرى من قولها وإذا اكتريت من رجل إبله ثم هرب الجمال وتركها في يديك فانفقت عليها فلك الرجوع بذلك ، وكذلك إن اكتريت من يرحلها رجعت بكرائه ، وتأولها أبو اسحاق بكون العادة أن رب الإبل هو الذي يرحلها .

ابن عرفة والأظهر بمقتضى القواعد أن يلزم المكري البرذعة والسرج ونحوهما لا مؤنة الحط والحمل ، لما في سماع عيسى . ابن القاسم فيمن اكترى منزلاً فيه علو بلا سلم فقال لربه اجعل لي سلماً فتوانى ولم ينتفع به المكتري حتى مضت السنة أنه يطرح عنه مناب العلو هو يجعل السلم له والكراء في هذا ، بخلاف الشراء . ابن عرفة فسلم العلو كالبرذعة والسرج ونحوهما . طفي نقل ابن عبد السلام أن قول المدونة المتقدم مخالف لقول ابن الحاجب ، وعلى مكري الدابة البرذعة وشبهها الخ . فإنه قال فإن لم يوجد عرف فقيل لا يلزمه إلا مقتضى اللفظ . وأشار إلى أن البرذعة والاحبل لا يتناولها اللفظ ، وكذلك الإعانة في الركوب والنزول ورفع الأحمال وحطها إن لم يكن عرف فلا تلزم الجمال ، وأشار إلى أن ما فيها خلاف هذا إلا أن التحقيق أن الشروط كما يستفاد منها انتفاء المشروط لانتفائها غالباً قد يؤتى بها لرفع التوهم والنزاع ، وهذا هو الغالب من شروط الموثقين ، فلا يدل انتفاؤها على انتفاء مشروطها ، وتأتي عليه المخالفة ، لأن قوله والإعانة في الركوب والنزول ورفع الأحمال وحطها نحو قولها رحلتها ، واقتصر المصنف

على الإكاف وشبهه فليس فيه مخالفة للمدونة، إذ لم تذكر ذلك ولا يلزم من ذكرها الرحلة أن البرذعة وشبهها كذلك، لقول ابن عرفة والأظهر بمقتضى القواعد أن يلزم المكري البرذعة والسرج ونحوهما لا مؤنة، الحط والحمل.

ولعل المصنف اقتصر على ما ذكر ولم يزد ما زاده ابن الحاجب لهذا فهو سالم منه، فنقل تت تبعاً للشارح الإيراد على كلام المصنف غير ظاهر، ونازع ابن عرفة ابن عبد السلام في بحثه الاخير بقوله لو لم يكن فيها إلا هذا اللفظ أمكن رده بما قال إما مع قولها إن أكريت إبلا فهرب الجمال وتركها في يدك فأنفقت عليها فلك الرجوع عليه بذلك، وكذا إن أكريت من يرحلها رجعت بكرائه اه، لكن قيدها التونسي بقوله يريد أن العادة أن المكري يرحلها فلا دليل فيه لابن عرفة. وقد قيده التونسي فكأنه وقف مع ظاهر لفظها ولم يعتبره تت. وبمفهومه قرر البساطي كلام المصنف، زاد في كبيره ويتم حينئذ ما ذكره المصنف، وكذا قرره الشارح في كبيره فانه قال يريد بالعكس أنه إن لم يكن لهم عرف فعلى رب الدابة، وهو مفهوم المدونة، وذكر نصهـا المتقدم ثم قال وقول ابن الحاجب مخالف لها وقد علمت أنها لم تتكلم على ما ذكره المصنف. ففي عزو الشارح لها ذلك نظر، والله أعلم.

(و) عمل بالعرف (في) أحوال (السير) من كونه نهاراً أو ليلا وكونه سريعاً أو بطيئاً أو بينهما (و) في أحوال (المنازل) أي مواضع النزول للقيلولة والمبيت ومقدار الإقامة بها. ابن شاس كيفية السير وتفصيله وقدر المنازل ومحل النزول في معمور أو صحراء معتبر بالعرف.

(و) في أحوال (المعاليق) بفتح الميم جمع معلوق بضمها، أي الأحوائج التي تعلق على الدابة للسمن والزيت والعسل والماء ونحوها. ابن شاس يصف المحمل بالسعة أو الضيق ويعرف تفاصيل المعاليق، فان أطلق فيها شيء يحمل ذلك وكان معلوماً بالعادة صح العقد.

(و) في أحوال (الزاملة) بالزاي أي الخرج ونحوه مما يجعل فيه المسافر ما يحتاج اليه

وَوِطَائِهِ بِمَحْمِلٍ ، وَبَدَلِ الطَّعَامِ ٱلْمَحْمُولِ ، وَتَوْفِيرِهِ : كَنَزْعِ الطَّيْلَسَانِ قَائِلَةً ، وَهُوَ أَمِينٌ ، فَلَا ضَمَانَ

في كونها على المكري أو المكتري وكونه كبيراً وصغيراً أو متوسطاً (و) في أحوال (وطائه) بكسر الواو أو فرش الراكب (بمحمل) بفتح الميم الاولى وكسر الثانية ، أو على حوية أو قتب ، وكذا غطاؤه . فيها إن اكترى محملاً لمكة ولم يذكر وطاءه أو زاملة ولم يذكر ما يحمل فيها من أرطال جاز ، وحملا على فعل الناس فيهما، لان الزوامل عرفت عندهم وعليه أن يحمل له المعاليق وكل ما عرفه الناس من الامر اللازم للمكتري . عياض الزاملة ما يحمل فيه مثل الإخراج وشبهها وتشد على الدواب والرواحل .

(و)في (بدل الطعام المحمول) مع الراكب إذا نقص بأكل أو بيع أو فنى فيهما إن نقصت زاملة الحاج أو نفدت وأراد إتمامها وأباه الجمال حملا على عرف الناس وإن لم يكن لهم عرف فعليه حمل الوزن الأول (و)في (توفيره) أي الطعام المحمول بعدم الأكل منه سحنون من اكترى دابة على حمل فيه خمسمائة رطل فأصابه مطر في الطريق فزاد وزنه فامتنع الجمال من حمل الزيادة . وقال المكتري هو المتاع بعينه فلا يلزم الجمال حمل الزيادة ابن عرفة مقتضى قولها يلزم حمل ولد المرأة معها حمل زيادة البلل ، وظاهر قول سحنون سواء كان عرف أم لا ، ومقتضى قولها في زاملة الحاج اعتبار العرف .

وشبه في العمل بالعرف فقال (كنزع) أي خلع (الطيلسان) بفتح الطاء المهملة واللام وكسرها بينهما تحتية ساكنة ، أي الشال الذي يحمل على الرأس لاتقاء البرد المستأجر لذلك ، وصلة نزع (قائلة) بالهمز ، أي وسط النهار وشدة الحر وأولى ليلاً . ابن رشد إن استأجرا ثوباً لبسه نزعه في الأوقات التي اعتيد نزعه فيها كليل ، وقاله ابن عرفة هذا صواب، كقولها من استأجر أجيراً لخدمته استعمله على عرف الناس من خدمة الليل والنهار ، فإن اختلف العرف في اللبس لزم بيان وقت نزعه أو دوام لبسه (وهو) أي المستولي على شيء بإجارة أو كراء سواء كان مستأجراً أو مؤجراً (أمين) على ما استولى عليه (فلا ضمان) عليه لما تلف أو ضاع بغير تعد ولا تفريط منه . ابن رشد اتفاقاً . ابن

وَلَوْ شُرِطَ إِثْبَاتُهُ ، إِنْ لَمْ يَأْتِ بِسِمَتِ ٱلْمَيِّتِ ، أَوْ عَثَرَ بِدُهْنٍ ، أَوْ طَعَامٍ بِآنِيَةٍ فَٱنْكَسَرَتْ ، وَلَمْ يَتَعَدَّ . أَوِ ٱنْقَطَعَ ٱلْحَبْلُ . وَلَمْ يَغُرَّ بِفِعْلٍ ؛

الحاجب على الأصح ، ويصدق في دعوى التلف أو الضياع ولو فيما يغاب عليه .

ابن يونس القضاء أن الأكرياء والأجراء فيما أسلم إليهم كونهم أمناء عليه فلا يضمنونه إلا الصناع والاكرياء على حمل الطعام والشراب والإدام خاصة لتسارع الأيدي لها فضمنوا في صلاح العامة كالصناع إلا أن تقوم بينة بهلاكه بغير سببهم ، أو يكون معه أربابه لم يسلموه إليهم فلا يضمنون ، سواء حملوه على سفينة أو دابة أو رجل إن لم يشترط ضمانه ، بل (ولو شرط) بضم فكسر (إثباته) أي الضمان على المستولي على شيء بإجارة أو كراء (إن لم يأت) المستولي (بسمة) بكسر السين المهملة أي علامة الحيوان (الميت) أي الذي يدعى موته ، فشرطه لغو ولا ضمان عليه إذا لم يأت بها .

في الموازية الإمام مالك «رض» إن شرط الحمالون أن لا ضمان عليهم في الطعام إن عليهم ضمان العروض وما لا يضمن فالشرط باطل والعقد فاسد ، الفقهاء السبعة من فقهاء المدينة التابعين رضي الله تعالى عنهم أجمعين إن اشترط عليهم ضمان العروض فلا يلزمهم إلا أن يخالفوا في شرط يجوز ومن الاستغناء المكتري مصدق فيما ادعى إباقه من العبيد وتلفه من الدواب . وفيها للإمام مالك «رض» لا ضمان على الرعاة إلا فيما تعدوا فيه أو فرطوا في جميع ما رعوا من الغنم والدواب لناس شتى أو لرجل واحد ، وإذا شرط على الراعي الضمان فسدت الإجارة ولا يضمن ما يهلك . ابن القاسم وكذلك إن اشترطوا على الراعي إن لم يأت بسمة ما يموت منها يضمن فلا يضمن وإن لم يأت بها .

(أو عثر) بفتح العين المهملة والمثلثة الحمال على رأسه أو ظهره أو دابته (بدهن) بضم الدال المهملة سمن مائع أو زيت (أو) ب(طعام) مستأجر على حمله فتلف فلا يضمنه (أو) عثر (بآنية فانكسرت و) الحال أنه (لم يتعمد) بفتحات مثقلاً في سيره ولا في سوق دابته (أو انقطع الحبل) المربوط به الحمل أو الحامل به على ظهره (و) الحـال أنه (لم يغر)

بفتح التحتية وضم الغين المعجمة وشد الراء (بفعل) فإن غــر بفعل كربط بحبل رث ومشى بزلق وتشديد في سوق دابة فتلف فيضمنه فيها لابن القاسم رحمه الله تعـالى إذا قال المكري في كل عرض أنه هلك أو سرق أو عثرت الدابة فانكسرت القوارير فذهب الدهن صدق لا أن يستدل على كذبه أو يذكر أن ذهابه كان على صفة أتى فيها بمالايشبه.

قال الإمام مالك رضي الله تعالى عنه من استأجرته يحمل لك على دابة دهناً أو طعاماً إلى موضع كذا فعثرت الدابة فانكسرت القوارير فذهب الدهن أو هلك الطعام وانقطعت الحبال ، فسقط المتاع ففسد ، فلا يضمن المكري قليلا أو كثيراً إلا أن يغر بعثار أو ضعف الأحبل عن حمل ذلك ، فيضمن حينئذ .

ابن عرفة ما تلف بسبب عيب دلسه المكرى ضمنه فيها من اكترى دابــة أو ثوراً للطحن فربطه في المطحنة فكسرها أو أفسد آلتها فلا يضمن ذلك مكريـه إلا أن يغر وهو يعلم ذلك منه ، كقول مالك رضي الله تعالى عنه من أكرى دابته عالماً أنها عثور ولم يعلم المكتري به فعثرت فانكسر ما عليها فهو ضامن . ابن عرفـة أخذ بعضهم من مسألة كسر الثور التضمين بالغرور بالقول ، لأن عقد الكراء إنما هو باللفظ يرد بان إيجابه لزوم العقد يصيره كالفعل ، فالقول أن تضمن عقداً كان غروراً بالفعل لا بالقول .

وشبه في عدم الضمان فقال (كحارس) فلا يضمن ما سرق إن لم يكن حمامياً ، بل (ولو) كان (حماميا) بشد الميم الأولى فلا يضمن ما يسرق من ثياب الداخلين ولو أخذ أجرة ونكر حرساً ليشمل الحراس لكرم أو نخل أو دور أو زرع أو ماشيــة إلا أن يتعدى أو يفرط ، وسواء كان ما يحرسه طعاماً أو غيره إلا أن تظهر خيانته قاله في الطراز. ابن الحاجب أجير الحراسة لا يضمن شيئاً فيها للامام مالك رضي الله تعالى عنه من جلس يحفظ ثياب من دخل الحمام فضاع منها شيء فلا يضمنه ، لأنه بمنزلة الأجير . ابن المـواز مالك من استؤجر يحرس بيتاً فنام فسرق ما فيه فلا يضمن ، وإن غاب عليه وله جميــع الأجر وكـــذا حارس النخل . ابن المولز لا يضمن جميع الحراس إلا أن يتعدوا كان ما يحرسونه مما يغاب عليه أم لا طعاما كان أو غيره ، وكذلك من يعطى متاعا ليبيعــه

فيضيع أو يضيع ثمنه إلا أن هذا لا أجر له ولا ضمان عليه .

(و)لا ضمان على (أجير لصانع) كخياط وحياك وصائغ وصباغ وقصار . فيها يضمن القصار ما أفسده أجيره ولا شيء على الأجير إلا أن يتعدى أو يفرط . البساطي هذا هو المشهور . وقال أشهب رحمه الله تعالى لو كثرت الثياب عند الغسال فاستأجر أجيراً يبعثه بها إلى البحر فيدعي تلفها فيضمنها (و)لا ضمان على (سمسار) بكسر السين وسكون الميم ، أي دلال طواف في الأسواق بالسلع أو ينادي عليها للمزايدة إن (ظهر خيره على الأظهر) عند ابن رشد من الخلاف ، فإن لم يظهر خيره فيضمن اتفاقاً ، ومقابل ما استظهره ابن رشد ضمان السمسار ولو ظهر خيره والقولان للامام مالك « رض » . في التوضيح اختلف قول الإمام مالك «رض» في تضمينه . وأفتى ابن رشد بتضمينه إلا أن يكون مشهوراً بالخير ، ونصه والذي أفتى به على طريق الاستحسان مراعاة للخلاف تضمينه ، إلا أن يكون مشهوراً بالخير اه .

طفي وأنت إذا تأملت وجدت ابن رشد لم يستظهر قولاً من قولي الإمام مالك رضي الله تعالى عنه ، وأن فتواه مخالفة لهما ، ففي تعبيره بالأظهر نظر . وقد جعل ابن عرفة فتواه قولاً ثالثاً فقال ففي ضمانه ما دفع اليه ليبيعه أو ما طلبه من ربه لمشتر أمره بشرائه . ثالثها ما لم يكن مأموناً لنوازل ابن رشد عن سحنون مع ابن عات عن حديس عن بعض أقواله ، وله عن العتبية وفتوى ابن رشد فلو اقتصر المصنف على عدم ضمانه مطلقاً لأجاد .

عياض المعروف من قول الإمام مالك وأصحابه رضي الله تعالى عنهم في السماسرة والمأمورين والوكلاء أنهم لا يضمنون ، لأنهم أمناء وليسوا بصناع سواء كانوا بحوانيت أم لا ، كذا جاء في أمهاتنا وأجوبة شيوخنا اه ، وأطال في ذلك بجلب كلام المدونة والعتبية الدال على عدم الضمان ، فكان على المصنف أن يعتمد المعروف من قول مالك وأصحابه ولا يليق به أن يتركه ، ويعتمد فتوى ابن رشد . ابن عرفة وهذا والصبغ إن لم ينصب نفسه لذلك وإن نصب نفسه فالأظهر أنه كالصانع ، وأظن أني وقفت على حسنية لبعضهم

وَنُوتِيٌّ غَرِقَتْ سَفِينَتُهُ بِفِعْلٍ سَائِغٍ . لَا إِنْ خَالَفَ مَرْعًى شُرِطَ أَوْ أَنْزَى بِلَا إِذْنٍ . أَوْ غَرَّ بِفِعْلٍ . فَقِيمَتُهُ يَوْمَ التَّلَفِ .

في الجليس وهو من نصب نفسه في حانوت لشراء الأمتعة منه . عياض وهم كثير في البلد ينتصبون لذلك ، والله أعلم .

(و) لا ضمان على (نوتي) بضم النون ، أي خادم سفينة (غرقت) بكسر الراء (سفينته بفعل سائغ) له فيها وأولى بغير فعل ، كهيجان ريح أو اختلافه مع عجزه عن صرفها لما ترجى سلامتها معه . فيها إذا غرقت السفينة من مد النواتية الشراع فقال إن صنعوا ما يجوز لهم من المد والعمل فيها فلا يضمنون ، وإن تعدوا فأخرقوا في مد أو علاج فيضمنون ما هلك فيها من الناس والحمولة . ابن يونس أراد في أموالهم . وقيل إن الديات على عواقلهم (لا) ينتفي الضمان عن الراعي (إن خالف) الراعي (مرعى شرط) بضم فكسر عليه أن لا يرعى فيه مكاناً أو زماناً كـلا ترع في مكان كذا خوف وحوشه أو لصوصه أو ضرر عشبه ، كرعي الغنم في إثر الجاموس لحصول الغش ، وهو فساد الجوف لها بذلك ، أو لا ترع أيام الخريف أو الأربعانية بمصر قبل ارتفاع الندى عن النبات . فيها إن شرط رعيه في موضع فرعى في غيره ضمن يوم تعديه وله أجر رعيه اليه .

(أو أنزى) بفتح الهمز وسكون النون واعجام الزاي أي حمل الراعي الذكر على الأنثى (بغير اذن) من المالك فماتت منه أو من الولادة فيضمنها . فيها ان أنزى الراعى على النعم بغير اذن أهلها ضمنها (أو غر) بفتح الغين المعجمة وشد الراء أي خاطر (بفعل) كربط بحبل رث ومشى في زلق فتلف الشيء بسبب تغريره فيضمنه . فيها من اكرى دابته وهي عثور أو ربوض ولم يعلم المكتري بذلك فحمل عليها دهناً من مصر الى فلسطين فعثرت بالعريش ضمن قيمة الدهن بالعريش . وقال غيره بمصر لأنها منها تعدى (فقيمته) أي الشيء المتعدى عليه بارعائه في غير محل الإذن أو الإنزاء عليه بلا اذن أو المغرور فيه بفعل معتبرة (يوم التلف) تلزم الأجير للمستأجر ، وله أجرته اليه .

تت أعاد هذا مع أنه قدمه في مفهوم قوله ولم يغر بفعل ، اما لعدم اعتبـــار المفهوم لكونه مفهوم غير شرط ، أو ليرتب عليه فقيمته يوم التلف . طفي وقد ترجم ابن عرفة بقوله وما تلف بسبب عيب دلسه المكري ضمنه ، ثم نقـــل كلامها في مسألة الطحن والعريش ، وقال عقبه وأخذ بعضهم من مسألة كسر الثور المطحنـــة التضمين بالغرور بالقول ، لأن عقد الكراء انما هو باللفظ . يرد بأن ايجاب لزوم العقد يصيره كالفعل. وقال في موضع آخر القول ان تضمن عقداً كان بالفعل لا بالقول ، ومن تأمل وأنصف فهمه من قولها من قال لرجل فلانة حرة ثم زوجها منه غيره فلا رجوع للزوج على المخبر ، ولو علم أنها أمة وأن وليه عالماً رجع عليه بالصداق ، وبهذا يرد قول التونسي في مكري الدابـــة العثور إن أسلمها مكريها وهو عالم بعثارها لمكتريها فحمل عليها فهو غرور بالقول مختلف فيه . وإن أسلم المتاع ربه لرب الدابة فحمله عليها ضمنه الجمال لتعديه اهـ .

وفيما قاله ابن عرفة نظر إذ قوله أن الغرور إذا تضمن عقداً كان غروراً بالفعل واستدلاله على هذا بقولها من قال لرجل الخ يقتضي أنه في التدليس في الكراء لا بد أن يبـــاشر العقد وإلا فلا يضمن ، وليس كذلك لإطلاق المدونة الضمان حيث علم بالعيب وكتمـــه وإطلاقها عنه الشيوخ كالعموم حسبما نص عليه ابن عرفة آخر الغصب ، ولذا جعله التونسي من الضمان بالغرور بالقول ، ومثله لأبي ابراهيم الاعرج وتبعهما أبو الحسن .

البناني ما اعترض به طفي كلام ابن عرفة غير ظاهر [1] فتأمله . طفي حيث حكمنا بالضمان عند الغرور بكتم عيب نشأ عنه تلف فهو خاص بالكراء فلا ضمان به في البيـــع إلا أن يهلك المبيع بعيب التدليس . ابن عرفة في نوازل الشعبي محمد بن عبد الملك من باع

---

(١) (قوله غير ظاهر) أي لأن قول طفي كلام ابن عرفة يقتضي أنه في التدليس في الكراء لا بد أن يباشر العقد وإلا فلا يضمن ممنوع ، لأن كلام ابن عرفـــة أنه لا بد في كونه غروراً فعلياً أن يباشر العقد ، وإلا فليس غروراً فعلياً ، وكونه موجباً لضمانه على خلاف القاعدة أو لا يوجبها عليها شيء آخر ، والله أعلم .

أَوْ صَانِعٍ فِي مَصْنُوعِهِ . لاَ غَيْرِهِ وَلَوْ مُحْتَاجاً لَهُ عَمَلٌ .

خابية دلس فيها بكسر وعلم أن المشتري يجعل فيها زيتاً فجعله المشتري فيهـا فسال من كسرها فلا يضمن البائع الزيت ، كتدليسه بسرقة عبد فسرق من المشتري فلا يضمن بائعه المسروق ولو أكراه الخابية كذلك فإنه يضمن الزيت اهـ . البرزلي مثلـه من باع مطمرا يسيس مدلساً وأكراه كذلك اهـ ، والفرق بين البيـع والإكراء أن المنافع في ضمان المكري حتى يستوفيها المكترى ، بخلاف البيع ، والله أعلم .

وعطف على معنى خلف مرعى شرط ، أي لا مخالف الخ فقال (أو صانع) فعليـه الضمان (في مصنوعه) الذي تتعلق صنعته به كثوب يخيطه وغزل ينسجه وعين يصبغهـا ونحاس يصنعه إناء وحب يطحنه وزيتون يعصره و (لا) ضمان عليـه في (غيره) أي مصنوعه إن لم يحتج له عملـه كبخشة الثوب المخيط أو المنسوج وكيس العين ، بل (ولو) كان غير المصنوع (محتاجاً له عمل) الصانع كخابية الزيت وقفـة التدقيق . ابن رشد الأصل في الصناع أنه لا ضمان عليهم وأنهم مؤتمنون لأنهم أجراء ، وقد أسقط النبي ﷺ الضمان عن الاجراء ، وخصص العلماء من ذلك الصناع وضمنوهم نظراً واجتهاداً لضرورة الناس لغلبة فقر الصناع ورقة دياناتهم واضطرار النـاس إلى صنعتهم فتضمينهم من المصالح العامة الغالبة التي تجب مراعاتها .

في التوضيح أبو المعالي الإمام مالك رضي الله تعالى عنه كثيراً ما يبنى مذهبـه على المصالح ، وقد نقل عنه قتل ثلث العامة لإصلاح الثلثين . المازري ما حكاه أبو المعـالي عن مالك صحيح . زاد الحط بعده عن شرح المحصول ما ذكره إمـام الحرمين عن مالك لم يوجد في كتب المالكية . البناني شيخ شيوخنا المحقق محمد بن عبد القـادر هذا الكلام لا يجوز أن يسطر في الكتب لئلا يغتربه بعض ضعفة الطلباء ، وهذا لا يوافق شيئاً من القواعد الشرعية . الشهاب القرافي ما نقله إمام الحرمين عن مالك أنكر المالكيـة إنكاراً شديداً ولم يوجد في كتبهم . ابن الشماع ما نقله إمام الحرمين لم ينقله أحد من علماء المذهب ولم يخبر أنه رواه نقلته ، إنما الزمه ذلك ، وقد اضطرب إمام الحرمين في ذكره ذلك عنه كما اتضح ذلك من كتاب البرهان . وقول المازري ما حكاه أبو المعـالي صحيح راجع لاول الكلام

وهو أنه كثيراً ما يبني مذهبه على المصالح لا إلى قوله نقل عنه قتل الثلث الخ ، أو إنه حمله على تترس الكفار ببعض المسلمين ، وقوله مالك يبني مذهبه على المصالح كثيراً فيه نظر لإنكار المالكية ذلك إلا على وجه مخصوص حسبما تقرر في الأصول ، ولا يصح حمله على الإطلاق والعموم حتى يجري في الفتن التي تقع بين المسلمين وما يشبهها . وقد أشبع الكلام في هذا شيخ شيوخنا العلامة المحقق أبو عبد الله سيدي العربي الفاسي في جواب له طويل ، وقد نقلت منه ما قيدته أعلاه وهو تنبيه مهم تنبغي المحافظة عليه لئلا يغتر بما في التوضيح اه .

وأما تأويل « ز » بأن المراد قتل ثلث المفسدين إذا تعين طريقاً لإصلاح باقيتهم فغير صحيح ، ولا يحل القول به ، فإن الشارع إنما وضع لإصلاح المفسدين الحدود عند ثبوت موجباتها ، ومن لم تصلحه السنة فلا أصلحه الله تعالى، ومثل هذا التأويل الفاسد هو الذي يوقع كثيراً من الظلمة المفسدين في سفك دماء المسلمين نعوذ بالله من شرور الفساد . وفي الحديث من شارك في دم امرىء مسلم ولو بشطر كلمة جيء به يوم القيامة مكتوب بين عينيه آيس من رحمة الله .

ولما ذكر اللخمي أن المركب إذا ثقل بالناس وخيف غرقه فإنهم يقترعون على من يرمي الرجال والنساء والعبيد وأهل الذمة فيه سواء. قال ابن عرفة عليه تعقب غير واحد نقل اللخمي طرح الذمي لنجاة غيره ، وربما نسبه بعضهم لخرق الإجماع ، وقالوا لا يرمى الآدمي لنجاة الباقين ولو ذمياً أفاده البناني ، وقول الإمام مالك رضي الله تعالى عنه تضمينهم ما يغيبون عليه ويدعون تلفه ولم يعلم ذلك إلا من قولهم ولا ضمان عليهم فيما ثبت ضياعه ببينة من غير تضييع، وتابعه على ذلك جميع أصحابه إلا أشهب فانه ضمنهم، وإن قامت بينة بالتلف ولقوله حظ من النظر ، لأنه لما وجب تضمينهم للمصلحة العامة وجب أن لا يسقط عنهم به حسماً للذريعة ، لأن ما طريقه المصلحة وسد الذريعة لا يخصص بموضع من قبيل هذا شهادة الابن لأبيه، ولأن من ضمن بلا بينة ضمن، وإن قامت البينة.

وقول الإمام مالك رضي الله تعالى عنه أصح . ابن شاس محمد يضمن الصانع ما لاصنعة

له فيه إذا كان مما لا يستغنى عن حضوره عند الصانع كالكتاب المنتسخ منه ، والمثال الذي يعمل عليه وجفن السيف الذي يصاغ على نصله إذا كان بحيث لو سلم للصانع بغير جفن فسد ، ومثله ظرف القمح والعجين . وقال سحنون لا يضمن ذلك كله . اللخمي قول محمد أحسن . ابن رشد إذا كان الثوب غليظاً لا يحتاج إلى وقاية فلا خلاف أن الصانع لا يضمن المنديل الذي يجعل فيه وإلا ففي ضمانه ثلاثة أقوال قول سحنون وقول ابن حبيب وقول ابن المواز مع مذهب مالك .

ويضمن الصانع مصنوعه إن عمله بحانوت باجر ، بل (وإن) عمل (ببيت) اللخمي سواء كان بسوقها أو داره (أو) عمل (بلا أجر) فيها ما قبضوه بغير بينة أو عملوه بغير أجر كغيره . ابن رشد سواء على مذهب الإمام مالك رضي الله تعالى عنه يستعمل الصانع باجر أو بغير أجر ، وشرط ضمان الصانع مصنوعه (إن نصب) أي أقام الصانع (نفسه) للصنعة لعموم الناس ، فان كان يصنع لشخص مخصوص فلا يضمن . ابن عرفة اللخمي المنتصب من أقام نفسه لعمل الصنعة التي استعمل فيها كان بسوقها أو داره وغير المنتصب لها من لم يقم نفسه لها ولا منها معاشه .

قلت ظاهره ولو كان انتصابه لجماعة مخصوصة ، ونص عياض على أن الخاص بجماعة دون غيرهم لا ضمان عليه ونحوه في المقدمات ، ثم قال ففي ضمانه بمجرد نصب نفسه أو بقيد عمومه للناس قولان لظاهر سماع عيسى مع بعض شيوخ الصقلي ، وطريق عياض مع ابن رشد هذا في الصانع المشترك الذي نصب نفسه للعمل للناس . أما الصانع الخاص الذي لم ينصب نفسه للعمل للناس ، فلا يضمن فيما استعمل فيه ، سواء أسلم إليه أو عمله بمنزل رب المتاع .

(و) إن (غاب) الصانع (عليها) أي الذات المصنوعة ، فان عملها بحضرة ربها وملازمته فلا يضمن . ابن رشد يضمن الصناع كل ما أتى على أيديهم من خرق أو كسر أو قطع إذا عمله في حانوته ، وإن كان صاحبه قاعداً معه إلا فيما فيه تغرير من الاعمال مثل ثقب اللؤلؤ ونقش الفصوص وتقويم السيوف واحتراق الخبز عند الفران أو الثوب في قدر

فَبِقِيمَتِهِ يَوْمَ دَفْعِهِ . وَلَو شَرَطَ نَفْيَهُ ،

الصباغ وما أشبه ذلك ، فانه لا ضمان عليهم فيما أتى على أيديهم فيه الا أن يعلم أنه تعدى فيها أو أخذها على غير وجه مأخذها فيضمن حينئذ ، ومثل ذلك البيطار يطرح الدابة فتموت منه والخاتن يختن الصبي فيموت من ختانه والطبيب يسقي المريض فيموت من سقيه ، أو يكويه فيموت من كيه أو يقطع منه شيئاً فيموت من قطعه ، والحجام يقلع ضرسه فيموت من قلعه فلا يضمن واحد من هؤلاء لا في ماله ولا عاقلته في جميع هذا ، لأن ما فيه التغرير كان صاحبه هو الذي عرضه لما أصابه ، وهذا اذا لم يخطىء في فعله ، فان أخطأ مثل سقي الطبيب المريض ما لا يوافق مرضه أو تزل يد الخاتن أو القاطع فيتجاوز في القطع ، أو يد الكاوي فيتجاوز في الكي ، أو يد الحجام فيقلع غير الضرس التي أمر بقلعها . فان كان من أهل المعرفة ولم يغر من نفسة فذلك خطأ على العاقلة الا أن يكون أقل من الثلث ، ففي ماله وان كان لا يحسن أو غر من نفسه فيعاقب ، وظاهر قول الإمام مالك رضي الله تعالى عنه أن الدية علية .

وقال ابن القاسم على عاقلته وإذا ضمن الصانع (ف) يضمن المصنوع (بقيمته) معتبرة (يوم دفعه) ، أي المصنوع للصانع خالياً عن الصنعة ، وليس لربه أن يقول أنا أدفع الأجرة وآخذ قيمته معمولاً ، لأن القيمة إنما تلزم الصانع يوم الدفع . ابن رشد إذا ادعى الصانع ضياع المتاع الذي استعمل فيه ، فإنه يضمن قيمته يوم دفعه اليه على ما يعرف من صفته حينئذ إلا أن يقر أن قيمته يوم ضاع كانت أكثر من قيمته يوم دفعه اليه بمدة ، فعليه قيمته يوم ظهر عنده على ما شهد به من قيمته يومئذ ، وإن كانت قيمته يومئذ أقل من قيمته يوم دفعه اليه ، وكذلك الرهن والعارية .

(و) يضمن الصانع مصنوعه بالشروط المتقدمة (ولو شرط) الصانع (نفيه) أي الضمان عند ابن القاسم . وروى أشهب لا يضمن أن شرط نفيه وهما روايتان . ابن رشد إن اشترط الصانع أن لا ضمان عليه فلا ينفعه شرطه وعليه الضمان ، هذا قول الإمام مالك رضي الله تعالى عنه في المدونة ، وينبغي على هذا أن له أجر مثله لأنه إنما رضي بالأجر المسمى لإسقاط الضمان عنه ، ويضمن الصانع إن لم يدع ربه لأخذه .

أَوْ دَعَا لِأَخْذِهِ ، إلاَّ أنْ تَقُومَ بَيِّنَة : فَتَسْقُطَ ٱلأُجْرَةُ ، وإلَّا أنْ يُحْضِرَهُ بِشَرْطِهِ

(أو دعا) الصانع ربه (لأخذه) أي المصنوع فلم يأخذه وضاع فيضمنه الصانع في كل حال فيها إذا دعاك الصانع لأخذ الثوب وقد فرغ منه فلم تأخذه فهو ضامن له حق يصير إلى يدك . ابن عرفة هذا إن لم يقبض الأجرة (إلا أن تقوم) أي تشهد (بينة) بتلفه بلا تفريطه ولا تعديه (ف) لا يضمنه و (تسقط الأجرة) التي استؤجر بها عن مستأجره.

فيها لابن القاسم لكل صانع أو حمال على ظهر أو سفينة منع ما حمل أو عمل حق يأخذ أجره ، وإن هلك ذلك بايديهم في منعهم فالصناع ضامنون ولا اجر لهم إلا أن تقوم بينة على الضياع فلا ضمان عليهم ولا اجر لهم لأنهم لم يسلموا ما عملوا إلى أربابه، وفيها إن احترق الثوب عند القصار أو افسده أوضاع عنده بعد القصارة ضمن قيمته يوم قبضه أبيض ، وليس لربه أن يغرمه قيمته مصنوعاً على صفة ويعطيه أجرته .

(وإلا أن يحضره) أي الصانع المصنوع (لربه) مصنوعاً (بشرطه) أي بالصفة التي شرطها عليه فتركه عنده فادعى ضياعه فلا يضمنه . اللخمي لو أحضر الصانع الثوب ورآه صاحبه مصنوعاً بصفة ما شارطه عليه وكان قد دفع له الأجرة ثم تركه عنده فادعى ضياعه فيصدق لأنه خرج عن حكم الاستصناع وصار إلى حكم الإيداع .

(تنبيهات)

الأول : لا فرق بين تلف المصنوع بالصنعة أو بغيرها . ابن الحاجب تلف بصنعته أو بغير صنعته في التوضيح كما ادعى أن سارقاً سرقه .

الثاني : ابن رشد الضمان بسبب الصنعة إنما هو إذا لم يكن فيها تغرير . فان كان فيها تغرير كثقب اللؤلؤ ونقش الفصوص وتقويم السيوف واحتراق الخبز عند الفران والثوب في قدر الصباغ ، فلا يضمن إلا أن يعلم أنه تعدى فيها أو أخذها على غير وجه مأخذها قاله ابن المواز .

الثالث : إذا ضاع المصنوع وغرم الصانع قيمته ثم يوجد فهو للصانع ، وكذلك لو ادعى سيد عبد على رجل انه سرق عبده فانكره فصالحه على شيء ثم وجد العبد . ابن رشد هو

وَصُدِّقَ إِنِ ادَّعَى خَوْفَ مَوْتٍ: فَنَحَرَ أَوْ سَرِقَةَ مَنْحُورِهِ، أَوْ قَلْعَ ضِرْسٍ أَوْ صَبْغاً: فَنُوزِعَ وَفُسِخَتْ بِتَلَفِ مَا يُسْتَوْفَى مِنْهُ، لَا بِهِ

المدعى عليه ولا ينقض الصلح صحيحاً كان أو معيباً إلا أن يجده عنده قد أخفاه فهو لربه . وفي التهذيب في المكاري على الدابة فتضل فيغرم قيمتها ثم توجد فهي للمكاري .

(وصدق) بضم الصاد وكسر الدال مثقلة الراعي (إن ادعى) الراعي (خوف موت) على بعير أو شاة مثلاً (فنحر) أو ذبح ما خاف موته وكذبه ربه ، وقال له تعديت لأنه أمين (أو) ادعى الراعي (سرقة منحوره) أو مذبوحه الذي خاف موته وقال ربه بل بعته مثلاً فيصدق الراعي لأنه أمين فيها لابن القاسم رحمه الله تعالى والراعي مصدق فيما هلك أو سرق ، ولو قال ذبحتها ثم سرقت صدق ولو خاف موت الشاة فأتى بها مذبوحة أو بثمنها صدق ولا يضمن ، فإن أكلها فلا يصدق قاله أبو عمر ، ونقله أبو الحسن .

(او) ادعى الحجام (قلع ضرس) مأمور بقلعه وقال ربه بل بغيره فيصدق الحجام فلا يضمن ، وله أجر مثله . فيها لابن القاسم رحمه الله تعالى إذا قلع الحجام ضرس رجل بأجر فقال له لم آمرك إلا بقلع الذي يليه فلا شيء عليه ، لأنه علم به حين قلعه فتركه وله أجره إلا أن يصدقه الحجام فلا أجر له ، أراد وعليه العقل في الخطأ والقصاص في العمد.

(أو) ادعى الصباغ صبغ ثوب بـ (صبغ) بكسر الصاد ، أي مصبوغ به كزعفران أمر به (فنوزع) بضم النون وكسر الزاي ، أي نازعه رب الثوب بأن قال له لم آمرك بصبغه بهذا ، بل بورس فيصدق الصابغ ، وكذا إذا تنازعا في قدر الأجرة أو قدر ما يصبغ به كعشرة دراهم وخمسة من زعفران . فيها إن صبغه أحمر أو أسود وقال بهذا أمرني ربه ، وقال ربه بأخضر صدق الصابغ إلا أن يصبغه صبغاً لا يشبه مثله .

(وفسخت) بضم فكسر الإجارة (بـ) سبب (تلف) بفتح التاء واللام (ما) أي كل شيء (يستوفى) بضم اوله وفتح ما قبل آخره (منه) المنفعة كموت حيوان معين وانهدام عقار معين (لا) تنفسخ الإجارة بتلف ما يستوفي المنفعة (به) كالراكب والساكن

طفي أطلق في عدم الفسخ كابن الحاجب وابن شاس وعبد الوهاب وغير واحد سواء كان التلف بسماوي أومن قبل الحامل . ابن رشد في المقدمات في هلاك المستاجر عليه أربعة أقوال أحدها وهو المشهور أن الأجارة لا تنتقض ، واليه ذهب ابن المواز ، والثاني تنتقض بتلفه وهو قول أصبغ ، وروايته عن ابن القاسم وله من كرائه بقدر ما سار من الطريق. الثالث : الفرق بين أن ياتي تلفه من قبل ما عليه استعمل أو من السماء ، فإن أتاه من قبل ما عليه استعمل انفسخ الكراء فيما بقي ، وله من كرائه بقدر ما مضى من الطريق ، وإن كان تلفه من السماء كان المستاجر بمثله ولا ينتقض الكراء ، وهو قول مالك رضي الله تعالى عنه . الرابع : إن أتاه تلفه من قبل ما عليه استعمل الكراء ولا كراء له في الماضي ، وان كان من السماء أتاه المستاجر بمثله ولا ينفسخ الكراء ، وهو مذهب ابن القاسم في المدونة وروايتة عن مالك ا هـ :

وفي البيان من عثر بجرة حملها باجرة فانكسرت وهو قوي على حملها فلا ضمان عليه ولا أجر له ، هذا قول ابن القاسم فيها وروايته لأنه على البلاغ ، ثم قال طفى فإن حمل قوله لا به على إطلاقه كان جارياً على ما شهره ابن رشد ومخالفاً مذهب ابن القاسم وروايته فيما تلف بسبب حامله لأنه عنده لا أجر له ، وليس على المكترى الاتيان بمثل ذلك ، إذ لو كانت الإجارة لا تنتقض لكان عليه أن ياتي بمثله ويلزمه الكراء ، ولتصريح ابن رشد بان مذهبها الفسخ ثم قال طفي وعلى هذا لا يفسر قوله أو عثر بدهن أو طعام الخ ، بقولها لا ضمان ولا كراء لما علمت أن المصنف جار على غير مذهبها خلافاً لجد . عج في تفسيره به واستدلاله بكلامها المتقدم ، وتبعه عج وأطال بنقل كلام أبي الحسن ولم يتنبها لإطلاق المصنف هنا .

وإن قيد كلامه هنا بغير ما كان من سبب حامله كان جارياً على مذهبها ، وبه يفسر قوله أو عثر بدهن أو طعام الخ ، كما فعل جد عج ومن تبعه ، لكن يبعده إطلاق المصنف تبعاً لغيره ولم يستثن إلا الأربعة والعجب من شراحه حيث لم ينبهوا على هذا ، والله الموفق . البناني الذي رأيته في البيان أن القول المشهور هو الذي عزاه لابن القاسم في

المدونة وروايته ، وذكر نصه[1] ثم قال تتحصل فيها ثلاثة أقوال الفسخ بتلفه بلا تفصيل وعدمه بلا تفصيل والتفصيل بين تلفه بأمر من الله تعالى ، فلا تنفسخ ، وتلفه من قبل ما عليه استعمل انفسخ الكراء فيما بقي ولا شيء له فيما مضى . وقيل له بحساب ما سار .

(إلا) تلف (صبي تعلم) بفتح الفوقية والعين وضم اللام مثقلة القراءة أو صنعة (و) صبي (رضع) بفتح فسكون ، أي رضاع (وفرس نزو) بفتح فسكون (و) فرس (روض) بفتح الراء وسكون الواو وعجام الضاد ، أي تأديب فتنفسخ الاجارة به . ابن رشد إن استأجره على عمل في شيء معين لا غاية إلا بضرب الأجل ، وذلك مثل أن يستأجره على أن يرعى له غنماً بأعيانها أو يتجر له في مال شهراً أو سنة ، فمذهب المدونة أن هذه الاجارة لا تجوز إلا بشرط الخلف إلا في أربع مسائل ، فان الاجارة تنفسخ فيها بموت المستأجر له موت الصبي المستأجر على تعليمه ، وموت الصبي المستأجر على إرضاعه وموت الدابة المستأجر على رياضتها وعقوق الرمكة قبل تمام الأكوام المشترطة . ابن الحاجب تنفسخ بتلف العين المستأجرة كموت الدابة المعينة وانهدام الدار ، وأما محل المنفعة فان كان مما يلزم تعيينه كالرضيع والمتعلم فكذلك ، وإلا فلا تنفسخ على الأصح كثوب الخياطة .

(و) فسخت إجارة إلى (سن لقلع فسكنت) السن ، أي برئت وذهب المها قبل

---

(١) (قوله نصه) أي البيان قال ابن القاسم وقال مالك رضي الله تعالى عنه فيمن تكارى على حمل متاع بعينه يريد المكرى إلى بلد معلوم فسرق المتاع قبل أن يخرج به أو بعد ما سار به بعض الطريق ان ذلك سواء له الكراء لازم إن شاء جاء بمثله ذلك المتاع وإن شاء أكرى ذلك البعير ممن يحمل عليه ابن رشد هذا قول ابن القاسم وروايته عن مالك في المدونة أن الكراء لا ينفسخ بتلف الشيء المستأجر على حمله وهو المشهور في المذهب خلاف ما في سماع أصبغ أنه ينفسخ ويتحصل في هذه المسألة ثلاثة أقوال أحدها أنه ينفسخ بتلفه جملة من غير تفصيل والثاني أنه لا ينفسخ بتلفه جملة من غير تفصيل والثالث الفرق بين أن يتلف بأمر من الله تعالى لا ينفسخ الكراء وإن تلف من قبل ما عليه استعمل انفسخ الكراء فيما بقى ولم يكن له شيء فيما مضى وقيل انه له بحسب ما سار .

فَسَكَنَتْ ، كَعَفْوِ ٱلْقِصاصِ ، وبِغَصْبِ الدَّارِ ، وغَصْبِ مَنْفَعَتِها ، وأَمْرِ السُّلْطانِ بِإغْلاقِ ٱلْحوانيتِ ، وحَمْلِ ظِئْرٍ ،

قلعها ، وشبه في الانفساخ فقال (ك) اجارة على قصاص من جـان على نفس أو طرف فتفسخ بـ (عفو) مستحق (القصاص) عن الجاني . ابن شاس تنفسخ بمنع استيفاء المنفعة شرعاً كسكون الم السن المستأجر على قلعها والعفو عن القصاص المستأجر عليه ابن عرفة هذا اذا كان العفو من غير المستأجر ، وانظر هـل يقبل قول المستأجر في ذهاب ألمها والأظهر أنـه لا يصدق (و) فسخ الكراء لدار معينة شهراً أو سنة مثلاً (بـ) سبب (غصب) ذات (الدار) غاصب لا تناله الأحكام الشرعية (و) (غصب منفعتها) أي الدار كذلك في الواضحة من اكـترى داراً شهراً أو سنة وقبضها ثم غصبها السلطان فمصيبته على ربها ، ولا كراء له ، وقاله الامام مالك في المبسوطـة في غصاب أخرجوا المنكاريين وسكنوا ، وكذا في سماع ابن القاسم ، ابن حبيب سواء غصبوا الدار من أصلها أو أخرجوا أهلها وسكنوها لا يريدون إلا السكنى حتى يرتحلوا .

(و) فسخ كراء الحوانيت (بـ) سبب (أمر السلطان باغـلاق الحوانيت) لعدم امكان مخالفة أمره . ابن حبيب وكذلك الحوانيت يأمر السلطان بغلقها . ابن يونس الجائحة في المكتري للسكنى من أمر غالب لا يستطيع دفعه من سلطان أو غاصب فهي بمنزلة ما لو منعه أمر من الله تعالى ، كانهدام الدار وامتناع ماء السماء حتى منعه حرث الأرض فلا كراء عليه في ذلك كله ، لأنه لم يصل إلى ما اكترى . وقال أصبغ من اكترى رحى سنة فأصاب أهل ذلك المكان فتنة جلوا بها من منازلهم وجلا معهم المكتري ، أو بقي آمناً إلا أنه لا يأتيه الطعام لجلاء الناس فهو كبطلان الرحى من نقص الماء أو كثرته ، ويوضع عنه قدر المدة التي جلوا فيها ، بخلاف الدار تكترى ثم يجلوا الناس لفتنة وأقام المكتري آمناً أو رحل للوحشة وهو آمن فيلزمه الكراء كله ولو انجلى للخوف سقط عنه كراء مدة الجلاء .

(و) فسخت إجارة الظئر بسبب ظهور (حمل ظئر) بأن كانت وقت العقد غـير ظاهرته ثم ظهر فيها إن حملت المرضع فخافوا على الصبي ألهم فسخ الاجارة ، قال نعم ،

أو مَرَضٍ لاَ تَقْدِرُ مَعَــهُ عَلَى رَضَاعٍ وَمَرَضِ عَبْدٍ وَهَرَبِهِ لِكَعَدُوٍّ ، إلاَّ أنْ يَرْجِعَ فِي بَقِيَّتِهِ

ولم أحفظه عن الامام مالك «رض» . ابن عرفة نقل اللخمي فسخه بمجرد حملها لا بقيد الخوف على الولد قائلا لأن إرضاع الحامل يضر بالولد . ابن ناجي لا يعارض ما تقدم من منع الزوج من وطئها إما لكونه تعدى وإما لكون هذا الحمل من وطء سابق ، ولم يظهر وقت العقد فيها ، وإذا حملت الظئر وخيف على الصبي فلهم فسخ الاجارة ولا يلزمها أن تأتي بغيرها .

ابن ناجي في قولها لهم تسامح وهو بمعنى عليهم ، سواء خافوا عليه الموت أو دونه . وقول المغربي يجب عليهم في الأول ، ويندب في الثاني بعيد اهـ ، والمصنف ذكر التخيير فيما تقدم تبعاً لظاهر لفظها ، ولقول المغربي لا يجب الا اذا خيف موته ، فأما أن يحمل كلامه هنا على التخيير أيضاً وإن أوجب التكرار كما حمله عليه جد عج ، وهو الذي يظهر من صنيع الحط ، أو على تحتم الفسخ لخوفهم موته على حل المغربي ، وإن إستبعده ابن ناجي ، والله أعلم أفاده طفي .

(أو) بحصول (مرض) للظئر (لا تقدر) الظئر (معه) أي المرض (على رضاع) منها فتنفسخ اجارتها عليه . فيها ان مرضت الظئر بحيث لا تقدر على رضاع الصبي فسخت الاجارة ، فان صحت في بقية منها جبرت على ارضاعه بقيتها ، ولها من الأجر بقدر ما أرضعت ولا عليها ارضاع ما مرضت قال غيره إلا أن يكونا تفاسخا فلا تجبر على ارضاعه بقيتها .

(و) فسخت الاجارة بسبب (مرض عبد) مستأجر لخدمة أو صنعة لا يقدر معه على فعل ما استؤجر عليه (و) بسبب (هربه) بفتح الهاء والراء ، أي هروب العبد (لـ) بلد بعيد (كـ) بلد (العدو) أي الكافر المحارب للمسلمين فتنفسخ اجارته (الا أن يرجع) العبد لصحته أو لبلد مستأجره (في بقيته) أي زمن اجارته فيلزمه بقية عمله توفية للعقد ، ويسقط من أجرته حصة أيام مرضه أو هربه ، فيها لابن القاسم رضي الله تعالى عنه من واجر عبده ثم هرب السيد الى بلد الحرب فالأجرة بحالها لا تنتقض ، وأما إن هرب

العبد الى بلد الحرب أو أبق فتنفسخ الاجارة بينهما الا أن يرجع العبد في بقية من المدة فيلزمه تمامها .

قال الامام مالك «رض» لو مرض العبد المستأجر مرضاً بيناً انفسخت الاجارة بينهما الا أن يصح العبد قبل تمام المدة فيلزمه تمامها . قال غيره الا أن يكونا تفاسخا أو فسخ ذلك بينهما قبل ذلك فلا يلزمه تمامها . أبو الحسن قوله تفسخ الاجارة ظاهره بحكم وعليه فقول الغير خلاف ، وعليه حمله ابن يونس ، قال ويحتمل الوفاق وأنه لم ينفسخ أولاً بحكم ابن يونس ، وكذلك الدار ينهدم بعضها ، ثم يصلحها ربها قبل الفسخ ، وقد بقي بعض المدة فيلزمه تمامها . وأما لو انهدم جميعها ثم بناها فلا يلزم المكتري سكنى بقية المدة . ومن العتبية لو روغ العبد المستأجر حتى تمت المدة انفسخت الاجارة ، وان كان عمل شيئاً فله بحسابه ، وهذا في شهر أو سنة معينة وإنما الذي يلزمه عمله بعد ذلك مثل أن يقول لطحن في هذا الشهر في كل يوم ويبة ، فهذا لا يضر ذكر الوقت فيه ، ويلزمه العمل بعده وليس بواقع على وقت ، ولكن على عمل مسمى ، وكمن قال للسقاء اسكب لي في هذا الشهر ثلاثين قلة فتروغ فيه ، فذلك باق عليه . ابن رشد من استأجر أجيراً لشهر بعينه فيمرضه كله أو مرض بعضها أو ورغ فيه فلا يلزمه قضاؤه في يوم آخر ،بل لا يجوز رضاهما به إذا كان قد نقد الا فيا قل ، لأنه فسخ دين في دين .

(بخلاف) حدوث (مرض دابة) مكتراة (في سفر) منعها مما اكتريت له من ركوب أو حمل (ثم تصح) الدابة في بقية المدة فلا ترجع للعمل الذي اكتريت له بعد الفسخ. فيها لابن القاسم رحمه الله تعالى اذا اعتلت الدابة المكتراة في الطريق ، أي وهي معينة في عقد كرائها فسخ الكراء وان صحت بعد ذلك فلا يلزمه كراؤها بقية الطريق . بخلاف العبد للضرورة في صبر المسافر عليها ، وهي وان صحت بعده لم تلحقه ، وان لحقته فلعله قد اكترى غيرها . ابن يونس أراد كذلك لو كان ايجاره العبد في السفر ، لأنه يلحقه فيه من الضرر ما يلحقه في الدابة . وافترق جوابه في العبد والدابة لاختلاف السؤال عن العبد في الحضر والدابة في السفر ، ولو كانت في الحضر والعبد في السفر فاستوى الجواب .

وَخُيِّرَ إنْ تَبَيَّنَ أَنَّهُ سارِقٌ ، وبِرُشْدِ صَغيرٍ عَقَدَ عَلَيْهِ ، أو عَلَى سِلَعِهِ وَلِيٌّ ، إلاَّ لِظَنِّ عَدَمِ بُلُوغِهِ ، وبَقِيَ كالشَّهْرِ :

(وخير) بضم الخاء المعجمة وكسر المثناة مشددة المستأجر في فسخ اجارته وعدمه (ان تبين أنه) أي الأجير حراً أو عبداً لخدمة أو عمل أو رعي (سارق) أي شأنه السرقة ، لأنه عيب مضر فيها من استأجر عبداً للخدمة فالفاه سارقاً فهو عيب يرد به كالبيع ، ولأنه لا يستطيع التحفظ منه بخلاف ما اذا لقيت المساقي بالفتح سارقاً. ابن يونس لان أجير الخدمة قد ملكت جميع منافعه فهو كالشراء والمساقي إنما أوجر في شيء بعينه ، فأنت تقدر على التحفظ منه .

(و) ان واجر ولي صغيراً أو سلعه مدة فرشد فيها خير الرشيد في فسخ اجارته وعدمه (بـ) سبب (رشد صغير عقد) الاجارة (عليه) أي الصغير نفسه (أو) عقدها (على سلعه) أي الصغير ، وفاعل عقد (ولي) أي أب أو وصي له أو مقدم عليه في كل حال (الا لظن) الولي لـ (عدم بلوغه) أي الصغير في مدة الاجارة فتخلف ظنه برشده (و) قد (بقي) منها يسير (كأشهر) فيلزمه اتمامها ، فان بقي منها كثير فلا يلزمه ، وهذا في العقد على نفسه ، وأما في العقد على سلعه فيلزمه اتمامها ولو بقي منها كثير .

فيها لابن القاسم رحمه الله تعالى من واجر يتيما في حجره ثلاث سنين فاحتلم بعد سنة ولم يظن ذلك به ، فلا يلزمه باقي المدة إلا أن يبقى كالشهر ويسير الأيام ، ولا يؤاجر وصي يتيمه ولا أب ولده بعد احتلامه بجي ورشده وإن أكرى الوصي ربع يتيمه ودوابه ورقيقه سنين فاحتلم بعد مضي سنة فان كان يظن بمثله أن لا يحتلم في تلك المدة فعجل عليه الاحتلام وأيس منه فلا فسخ له ويلزمه باقيها ، لأن الوصي صنع ما جاز له وأما ان عقد عليه أمداً يعلم أنه يبلغ فيه فلا يلزمه في نفسه ولا فيما يملك من ربع وغيره وكذلك الأب .

طفى وأنت إذا تأملت ظهر لك أن ، هذا أي التخيير بين الفسخ وعدمه مراد من عبر بالفسخ كابن الحاجب ، وتبعه المصنف والشارحان ، ولذا أتى المصنف بباء الجر

كسَفِيهٍ ثَلاثَ سِنِينَ ، وبِمَوْتِ مُسْتَحِقٌّ وَقْفٍ آجَرَ ، وماتَ قَبْلَ تَقَضِّيها عَلَى الأَصَحِّ ،

عطفاً على ما يفسخ به ، ولا يتوهم تحتم الفسخ لأنه حق للرشيد لا عليه كيف . وقد نقل الشارح لفظ التهذيب وعبارة ابن شاس انفسخت الاجارة ولا يلزمه باقي المدة اهـ ، فهذا أدل دليل على أن مراد من عبر بالفسخ عدم اللزوم ، ولا شك أن ابن الحاجب نسج على منوال ابن شاس ، وتبعه المصنف ، وتقريره بالعطف على معمول خير يشكل بدخول الباء ، فان أجيب بأنه عطف على التوهم أي خبر بان تبين أنه سارق وبرشد الخ فيشكل بما بعده من قوله وبموت مستحق وقف لتحتم الفسخ فيه والله أعلم « غ » في بعض النسخ كرشد صغير بكاف التشبيه وهو الصواب ، وهو راجع للتخيير .

ابن عاشر قد قطع ابن القاسم بالفسخ فيطلب نقل يساعد محمل « غ » وإن كان واضحاً من جهة النظر ، البناني والعجب منه ولفظ المدونة المتقدم صريح في التخيير ، إذ قولها فلا يلزمه صريح فيه ، وإذا تأملت ظهر لك أن هذا مراد من مجبر بالفسخ كابن الحاجب ، ثم قال وبالجملة فلا درك على المصنف إلا في قوله وبقي كالشهر ، فإن ظاهره أنه يرجع للمسألتين وهو قول أشهب ، والمعتمد قول ابن القاسم بأنه يختص بالأولى والله أعلم .

وشبه في اللزوم فقال (ك) عقد ولي (سفيه) أي بالغ لا يحسن حفظ ماله ولا تصرفه فيه على منافع ربعه أو رقيقه أو دابته (ثلاث سنين) فرشد فيها فيلزمه البقاء على حكم الكراء والإجارة إلى تمامها لفعل وليه ما جاز له . فيها لابن القاسم رحمه الله تعالى وأما سفيه بالغ واجر عليه ولي أو سلطان ربعه ورقيقه سنتين أو ثلاثاً ثم انتقل إلى حال الرشد فذلك يلزمه ، لأن الولي عقد يومئذ ما جاز له (و) فسخت (بـ) سبب (موت) شخص (مستحق) بكسر الحاء المهملة ربعاً (وقفاً آجر) بمد الهمز أي أكرى المستحق لوقف سنين (ومات) المستحق المؤجر (قبل تقضيها) بفتح الفوقية والقاف ، أي انقضاء المدة التي أجر الوقف فيها فتنفسخ الإجارة لانقطاع حقه من الوقف بمجرد موته وانتقال الحق لمن يليه في ترتيب الوقف (على الأصح) من الخلاف عند ابن راشد وغيره ، ومقابله إذا

لاَ بِإقرارِ ٱلْمالِكِ ، أوْ خُلْفِ رَبِّ دابَّةٍ في غَيْرِ مُعَيَّنٍ، أوْ حَجٍّ وإنْ فاتَ مَقْصِدُهُ

أكرى المستحق الوقف مدة يجوز له كراؤه فيها ومات فيها فإن كراءه لا ينفسخ، وفهم منه أنه إن أجره غير مستحق كواقف وناظر مدة ومات قبل تقضيها فلا يفسخ وهو كذلك.

ابن شاس إن مات البطن الأول من ذوي الوقف بعد إجارته قبل تمام مدتها انفسخت الاجارة في باقي المدة لتناولها ما لا حق فيه للمؤجر . وقيل إن أكرى مدة يجوز الكراء لها لزم باقيها ، ونقل ابن الحاجب القولين بلا ترجيح . ابن عرفة لا أعرف هذا القول الثاني لغير ابن شاس ، ولم يعزه ابن هرون ولا ابن عبد السلام ، وظاهر أقوال الشيوخ نفيه . وفيها إن أعمرك رجل حياتك خدمة عبد فلا تؤاجره إلا لمدة قريبة كسنة أو سنتين أو أمداً مأموناً ، ولو أوصى لك بخدمته عشر سنين فأكريته فيها جاز ، وهو خلاف المخدم حياته لأنه إن مات المخدم حياته سقطت الخدمة ، أو المؤجل يلزم فيهـا لورثة الميت ثم ذكر عن ابن رشد والمتيطي وابن فتوح أنه ينتقض بموت المخدم فيها .

(لا) تنفسخ الإجارة والكراء (بإقرار المالك) المؤجر أو المكري بأن ما آجره أو أكراه لغيره باعه له أو وهبه لـه قبل إيجاره أو إكرائه تعدياً منه على مالكه لاتهامه بالكذب في إقرار تحيلاً على فسخ الاجارة أو الكراء اللازم بمجرد عقده . ابن عرفة قول ابن الحاجب لا تفسخ الاجارة بإقرار المكري بغصبه المكري واضح كقولها في لغو إقرار الراهن بجناية عبده الرهن بعد رهنه وعدم قبوله على المرتهن .

(أو) أي لا ينفسخ الكراء بـ (خلف) بضم الخاء المعجمة وسكون اللام فقاء أي تخلف ومخالفة (رب دابة) اكتراها منه شخص ليركبها (في) زمن (غير معين) بضم ففتحتين مثقلاً كملاقاة قادم من سفر وتشييع مسافر وواعده على إتيانه له بها غداً وأخلف الوعد وأتاه بها بعد غد بيوم أو يومين أو ثلاثة فلا ينفسخ الكراء لأنه كشراء سلعة معينة يدفعها له غداً فمطله قاله ابن المواز .

(و) في غير (حج) إن لم يفت مقصداً لمكاري ، بل (وإن فـات مقصده) أي

أو فِسْقِ مُسْتَأْجِرٍ ، وَآجَرَ الحَاكِمُ ، إِنْ لَمْ يَكُفَّ ،

المكتري بفتح فسكون فكسر من ملاقاة أو تشييع ومفهوم غير معين وحج انفساخه بخلفه في معين كيوم كذا أو شهر كذا ، أو في حج وهو كذلك . « ق » فيها للامام مالك رضي الله تعالى عنه إن اكتريت من رجل إبله إلى بلد فهرب بها والكراء إلى مكة أو غيرها تكارى لك الامام أو غيره ، ورجعت عليه بما اكتريت به . ابن المواز إنما يكرى عليه إذا كان له مال معروف . وفيها إذا تغيب الجمال يوم خروجك فليس لك عليه إن لقيته بعد ذلك إلا الركوب أو الحمل ، وله كراؤه ، وهذا في كل سفر في كراء مضمون إلا الحاج ، فانه يفسخ وإن كان قبض الكراء رده لزوال إبانه لأن أيام الحج معينة ، فان فاتت انفسخ الكراء ، وكذا كل مكتر أياماً بأعيانها ولا يتمادى وإن رضيا .

ابن يونس هذا إن كان نقده الكراء لأن بذهاب الأيام المعينة يجب فسخ الكراء ، ورد ما انتقد ، فلا يجوز أن يأخذ في ذلك ركوباً لأنه فسخ دين في دين ، وفيها قال الامام مالك رضي الله تعالى عنه في الدابة بعينها يكتريها ليركبها إلى غد فيغيب ربها ، ثم يأتي بعد يومين أو ثلاثة فليس له إلا ركوبها . ابن يونس لأنه لم يقصد تعيين اليوم ، وإنما قصد الركوب ، قال غيره لو رفع إلى الامام نظر وفسخ ما آل إلى الضرر . ابن القاسم إن أكراها أياماً معينة انتقض الكراء فيما غاب منها كالعبد يستأجره شهراً بعينه يمرضه أو يأبقه ، فانه تنتقض الاجارة ، وكذلك شهراً بعينه في الراحلة بعينها لركوب أو طحن أو غيرهما وذلك بخلاف المضمون . ابن القاسم إن اكترى على الحج فلم يأت الكري حتى فات الابان ، فان المكتري يخير ، فان شاء بقي لقابل ، بخلاف الأيام المعينة إذا فاتت لا بد من الفسخ .

(أو) أي ولا تنفسخ الاجارة بظهور (فسق مستأجر) داراً مثلا فلا تنفسخ الاجارة وينهى عن فسقه ، فان انتهى عنه أقر فيها (و) إلا (آجر الحاكم) الدار مثلا عليه لغيره بعد إخراجه منها (إن لم يكف) بفتح فضم مثقلا عن فسقه . فيها إذا ظهرت من مكترى الدار خلاعة وفسق وشرب خمر فلا ينتقض الكراء ولكن يمنعه الامام من ذلك ويكف أذاه عن الجيران وعن رب الدار ، وإن رأى إخراجه أخرجه وأكراها عليه .

ابن حبيب وكذلك إذا أظهر فيها الزعارة والطنابر والزمر وشرب الخمر وبيعها فليمنعه الامام ويعاقبه ، فان لم ينته أخرجه عن جيرته وأكراها عليه ولا يفسخ الكراء قال الامام مالك رضي الله تعالى عنه في الفاسق يفعل مثل ذلك في دار نفسه أنه يعاقبه على ذلك فان لم ينته باع الدار عليه .

اللخمي أرى أن يبدأ بعقوبته ، فان لم ينته اكريت عليه ، فان لم ينته عن إذايته لاتيانه إليها بيعت عليه ، وسمع أبو زيد ابن القاسم قال الامام مالك رضي الله تعالى عنه في فاسق يأوي اليه أهل الفسق يخرج من منزله وتخارج عليه الدار والبيوت ، ولا تباع عليه لعله يتوب . ابن القاسم يتقدم اليه مرة أو مرتين أو ثلاثا ، فإن لم ينته أخرج وأكرى عليه . ابن رشد رواية ابن حبيب يباع عليه خلاف هذا السماع، وقوله فيه اصح لما ذكره من رجاء توبته ولو لم تكن الدار له إلا بكراء أكريت عليه ، ولا يفسخ كراؤه ابن عرفة لأن فسخه مضرة على مكريه ، ويحتمل حمل رواية ابن حبيب على من لا ترتفع مضرة فسقه إلا برفع ملكه ، وحمل رواية ابن القاسم على من ترتفع مضرته بمجرد كرائها عليه .

ابن رشد روى يحيى بن يحيى انه قال أرى ان يحرق بيت الخمار . قال واخبرني بعض اصحابنا ان الإمام مالكاً «رض» كان يستحب حرق بيت المسلم الذي يبيع الخمر ، قيل له فالنصراني يبيعها بين المسلمين؟ قال إن تقدم اليه فلم ينته أحرق بيته ، قال وحدثني الليث ان عمر بن الخطاب « رض » أحرق بيت رويشد الثقفي لبيعه الخمر به، وقال له أنت فويسق لا رويشد ، والله تعالى أعلم .

(او) أي ولا تنفسخ الإجارة (بعتق عبد) مؤجر او امة مؤجرة فلا تنفسخ إجارته (ويبقى حكمه) أي المعتق وهو مؤجر (على) حكم (الرق) في شهادته وقصاصه حتى تتم مدة إجارته فيها من واجر عبده او أخدمه سنة ثم اعتقه قبل تمام السنة فلا يعتق حتى تتم ، ولو مات سيده قبل تمام السنة فلا تنتقض الإجارة ولا الخدمة ، ويعتق العبد لتمام

وأُجرتُهُ لِسيِّدِهِ ، إنْ أرادَ أنَّهُ حُرٌّ بَعْدَها .

السنة من راس ماله إلا ان يترك المستأجر او الخدم (واجرته) أي الرقيق الذي اعتق وهو مؤجر بعد عتقه في بقية مدة الإجارة (لسيده إن اراد) سيده بإعتاقه وهو مؤجر (انه) أي الرقيق (حر بعد) تمام مدة (ها) أي الإجارة ، فان أراد انه حر بمجرد الصيغة او لم يرد شيئا منهما فأجرته له في سماع عيسى وكراؤه لسيده وإن لم يستثن ماله وإن كان أمة فلا يطؤها .

ابن حبيب الإجارة املك به واحكامه احكام عبد ، واختلف في اجرته فقال الإمام مالك « رض » يسئل سيده إن اراد انه حر بتمام الاجارة فيصدق والأجرة له ولو لم يقبضها او ان اراد تعجيل عتقه فهي للعبد قبضها لم لا .

(تتميم) ابن يونس من اكترى داراً فوجد لها جيران سوء فله ردها لانه عيب ، ولهذا قال الإمام مالك رضي الله تعالى عنه فيمن اشترى داراً فاذا لها جيران سوء انه عيب ترد به قال الشاعر :

يقولون لي بعت الديار رخيصة ... ولا انت مديون ولا انت مفلس

فقلت لهم كفوا الملامة واقصروا ... بجيرانها تغلو الديار وترخص

والله سبحانه وتعالى اعلم .

* * *

فهرس الجزء السابع من منح الجليل

صفحة

٣ باب في بيان أحكام الوديعة وما يتعلق بها

٤٨ باب في بيان أحكام العارية

٧٦ باب في بيان حقيقة الغصب وأحكامه

١٤٨ باب في بيان أحكام الاستحقاق

١٨٧ باب في بيان أحكام حقيقة الشفعة وأحكامها

صفحة

٢٤٧ باب في بيان القسمة وأحكامها وما يتعلق بها

٣١٧ باب في بيان القراض وأحكامه وما يتعلق به

٣٨٤ باب في بيان أحكام المساقاة

٤١٧ باب في بيان أحكام المغارسة

٤٣١ باب في بيان أحكام الإجارة وكراء الدواب والحمام والدار والأرض وما يناسبها

★ ★